Die Aufrechnung von Heimwährungs- und Fremdwährungsforderungen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät (Rechtswissenschaftliche Abteilung) der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen.

Vorgelegt von

Hans Ulmer

aus Stuttgart.

1931

Gatzer & Hahn, Graphische Werkstätten, Schramberg (Württemberg)

Referent: Prof. Dr. Eisser.

Tag der mündlichen Prüfung: 12. März 1931.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung. 1

I. Abschnitt: Die internationalprivatrechtlichen Vorfragen.

§ 1. Die für die Aufrechnungsforderungen maßgebliche Rechtsordnung.

I. Die verschiedenen Lehrmeinungen über das maßgebliche Obligationsstatut. 2

II. Stellungnahme. 7

III. Die Praxis des Reichsgerichts. 10

§ 2. Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht.

I. Die Bedeutung des Problems. 11

II. Die verschiedenen Ansichten über die für die Aufrechnung maßgebliche Rechtsordnung. 13

III. Stellungnahme und Begründung der Maßgeblichkeit des Schuldstatuts des Aufrechnenden. 18

§ 3. Einzelprobleme.

I. Das Eingreifen der Vorbehaltsklausel bei der Aufrechnung. 25

II. Die Behandlung des Liquiditätserfordernisses. 27

III. Die Aufrechnung gegen eine dem anglo-amerikanischen Recht unterworfene Forderung. 28

II. Abschnitt: Die Aufrechnung von Heimwährungs- und Fremdwährungsforderungen nach deutschem Recht.

1. Kapitel: **Die beiden sich gegenüberstehenden Forderungen.**

§ 4. Die Leistungsobjekte.

I. Die wirtschaftlichen Funktionen des Geldes 32

II. Die Währung. 32

III. Außbaums Geldbegriff. 33

IV. Die Funktionsunterschiede von heimischem und fremdem Gelde. 34

§ 5. Die Geldschuld.

I. Das Wesen der Geldschuld. 35

II. Die Geldschuld als Wertschuld. 36

Seite

III. Die valoristische Geldschuld. 39
IV. Sonderregeln für die Geldschuld. 40

§ 6. Die Fremdwährungsschuld.
I. Das Wesen der Fremdwährungsschuld und ihre rechtliche Behandlung. 41
II. Abarten der Fremdwährungsschuld. 46
III. Die unechte Fremdwährungsschuld. 50
IV. Die Fremdwährungswarenschuld. 51

§ 7. Fremdwährungs- und Heimwährungsschuld.
I. Das schuldrechtliche Verhältnis von heimischen und fremden Geldzeichen. 54
II. Die rechtliche Natur des § 244 BGB. 55
III. Die Voraussetzungen für die Entstehung der Ersetzungsbefugnis nach § 244 BGB. 57
IV. Das Kursproblem des § 244 Abs. 2 BGB. 60
V. Internationalprivatrechtliche Fragen. 64

2. Kapitel: **Die Aufrechnungslage.**

§ 8. Die Aufrechnung des BGB.
I. Wesen der Aufrechnung. 66
II. Ihr Zweck. 67
III. Voraussetzungen für die Entstehung des Aufrechnungsrechts. 69
IV. Die vertragliche Begründung des Aufrechnungsrechts und der Aufrechnungsvertrag. 78

§ 9. Die verschiedenen Ansichten über die Entstehung eines Aufrechnungsrechts bei Gegenüberstehen einer Heimwährungs- und einer Fremdwährungsforderung.
I. Hinsichtlich der Ungleichartigkeit von heimischen und fremden Geldzeichen. 79
II. Hinsichtlich des Aufrechnungsrechts des ersetzungsberechtigten Fremdwährungsschuldners. 82
III. Die Stellung der österreichischen Rechtsprechung und die Ansicht von Wahle. 83
IV. Die schweizerische Rechtsprechung und die Ansicht von Böckli. 85

Seite

V. Die Rechtsprechung in andern fremden Rechtsgebieten. 86

§ 10. Der Rechtsgrund des Aufrechnungsrechts des ersetzungsberechtigten Schuldners.

I. Die Kritik Reichels an der herrschenden Lehre. 87

II. Der Rechtsgrund der Umwandlung der Fremdwährungsforderung in eine Heimwährungsforderung 87

III. Der Rechtsgrund der Aufrechnung gegen die nicht geschuldete Ersatzleistung 89

IV. Eigene Ansicht. 94

§ 11. Die Aufrechnungslage bei Heimwährungs- und Fremdwährungsforderungen (eigene Ansicht).

I. Das beiderseitige Aufrechnungsrecht im Rahmen des § 244 BGB. 99

II. Das Aufrechnungsrecht bei einem ausländischen Erfüllungsort und bei Effektivschulden. 105

III. Die Aufrechnung von Geldschulden und Geldsortenschulden verschiedener Währung. 111

IV. Die Aufrechnung bei Buntwährungs- und Fremdwährungswarenschulden. 112

3. Kapitel: **Die Wirkung der Aufrechnung.**

§ 12. Die Rückwirkung des BGB.

I. Die Aufrechnungserklärung und ihre Wirkung. 113

II. Das Wesen der Rückwirkung. 114

§ 13. Das Kursproblem bei der Aufrechnung von Heimwährungs- und Fremdwährungsschuld.

I. Die Deckungsermittlung nach § 387 BGB. 115

II. Die verschiedenen Ansichten über den Umrechnungskurs. 116

III. Stellungnahme und Begründung des Kurses im Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit. 118

IV. Der Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit. 121

V. Die Kursart und die zweckmäßigste Umrechnung. Die Aufrechnung unter Angabe eines bestimmten Kurses. 121

Ascarelli, Tullio: Währungsrechtliche Fragen in der italienischen Rechtsprechung in Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1928, S. 793 ff.

Bamberger, Siegfried: Die Valutaschuld und ihre rechtliche Behandlung unter dem Einflusse der Geldentwertung. Ungedruckte Heidelberger Diss. 1924.

Bar, L. v.: Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, 2. Auflage 1889.

Bar, L. v.: Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts 1892.

Beer, Ludwig: Neue Entwicklungsstufen des internationalen Privatrechts in Niemeyers Zeitschrift Bd. 18 S. 334 ff.

Bekker, E. J.: Ueber die Couponsprozesse der österreichischen Eisenbahngesellschaften und über die internationalen Schuldverschreibungen 1881.

Birkmeyer, Karl: Encyklopädie der Rechtswissenschaft. 2. Aufl. 1904.

Böckli, Alfred: Ueber die Kompensation von Forderungen verschiedener Währung in der Schweizerischen Juristenzeitung 23. Jahrg. S. 225 ff. 1926/27.

Böhm, Ferdinand: Die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen 1890.

Bosse, Wilhelm: Die Ersetzungsbefugnis in Rechtswissenschaftliche Studien Heft 22, 1924.

Brodmann, zu § 244 BGB. in Juristische Wochenschrift 1921 S. 441.

Chamizer, Erwin: Natur, Gebiet und Grenzen der Wahlschuld. Leipziger Diss. 1902.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts 8. Auflage 1927.

Crome, Carl: System des deutschen bürgerlichen Rechts 1900/12.

Crome-Zachariae: Handbuch des französischen Civilrechts. 8. Aufl. 1894/1895.

Dernburg, Heinrich: Das bürgerliche Recht. 1./2. Aufl. 1899.

Dernburg Heinrich: Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuerem Rechte. 1868.

Dölle, Hans: Die Kompensation im internationalen Privatrecht in Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 1924 S. 32 ff.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 2. Auflage 1908/1917.

Ehrenzweig, Armin: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 6. Aufl. 1920/1925.

Eisele, Fridolin: Die Compensation nach römischem und gemeinem Recht. 1876.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1 30./34. Aufl. 1928. Bd. I, 2 28./30. Aufl. 1928. Bd. II, 1 7. Bearbeitung 1927.

Falkmann-Mugdan: Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluß der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 2. Aufl. 1914.

Feder, Ernst: Die rechtliche Natur der Aufrechnung außerhalb des Rechtsstreits in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 54 S. 434 ff. 1904.

Frankenstein, Ernst: Internationales Privatrecht. 1. Bd. 1926, 2. Bd. 1929.

Gernsheim, E.: Die Ersetzungsbefugnis im deutschen bürgerlichen Recht. 1906.

Gierke, Otto, v.: Deutsches Privatrecht. 1895/1917.

Goldschmidt, Levin: Handbuch des Handelsrechts. Bd. 1, 2. Abteilung, 1868.

Hartmann, Gustav: Ueber den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden. 1868.

Hartmann, Gustav: Internationale Geldschulden. 1882.

Hasenöhrl, Viktor: Das österreichische Obligationenrecht. 1881/1890.

Heck, Philipp v.: Grundriß des Schuldrechts. 1929.

Heck, Philipp v.: Das Urteil des Reichsgerichts vom 28. November 1923 im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 122 S. 203 ff.

Heinzelmann, Wilhelm: Zwangskurs und Geldschuld. Tübinger ungedruckte Diss. 1925.

Helfferich, Karl: Das Geld. 6. Aufl. 1923.

Jaeger, Ernst: Kommentar zur Konkursordnung. 5. Aufl. 1916.

Kahn, Franz: Abhandlungen zum internationalen Privatrecht. Herausgegeben von Otto Lenel und Hans Lewald. 1928.

Kaufmann, Hugo: Ein Beitrag zur Auslegung des § 244 BGB. In Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht 1921, S. 99.

Kipp-Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1900.

Kohler, Joseph: Kompensation und Prozeß in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Bd. 20 S. 1 ff. 1898.

Kretschmar, Paul: Jurisprudenz und Gläubigernot in Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht. 1923 S. 185 ff.

Laband, Paul: Das Staatsrecht des deutschen Reichs. 3. Bd. 5. Aufl. 1913.

Lang, Georg: Das Aufrechnungsrecht nach bürgerlichem Recht. 1906.

Leonhard, Franz: Die Wahl bei der Wahlschuld in Iherings Jahrb. für Dogmatik. Bd. 41 S. 1 ff.

Leonhard, Franz: Aufrechnung gegen eine Nichtschuld im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 21 S. 171 ff.

Leonhard, Franz: Allgemeines Schuldrecht des BGB. in Bindings Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft. 1929.

Lewald, Hans: Das deutsche internationale Privatrecht auf Grundlage der Rechtsprechung 1931.

Lippmann: Zur Lehre von der Kompensation nach dem Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuchs in Iherings Jahrb. für Dogmatik Bd. 32 S. 157 ff.

Litten, Fritz: Die Wahlschuld im deutschen bürgerlichen Recht. 1903.

Marquardt: H.: Die Zwangsvollstreckung der Valutaschuld in Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht. 1922 S. 277 ff.

Massarani, Enzo: Schadensersatzansprüche wegen Zahlungsverzug bei Forderungen in ausländischen Valuten in Italien in Blätter für internationales Privatrecht (Beilage zur Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht) 1929 S. 269 f.

Meili, F.: Das internationale Civil- und Handelsrecht. 1902.

Menger, Karl: Das Geld im Handwörterbuch der Staatswissenschaften. Bd. IV. S. 598 ff. 3. Aufl. 1909.

Meyer-Labastille, Adolf: Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht. Hamburger ungedruckte Diss. 1924.

Mugdan, B.: Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich. 1899.

Neumeyer, Karl: Internationales Privatrecht in Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft Abtlg. Rechtswissenschaft XV. 1923.

Neuner, Robert: Die Beurteilung gegenseitiger Verträge nach dem Rechte des Schuldners in Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1928, S. 108 ff.

Niemeyer, Th.: Das internationale Privatrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs. 1901.

Nußbaum, Athur: Juristische Valutafragen in Juristische Wochenschrift. 1920 S. 13 ff.

Nußbaum, Arthur: Einwand der Unerschwinglichkeit gegenüber Valutaforderungen? in der Deutschen Juristenzeitung 1923, S. 22.

Nußbaum, Arthur: Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen internationalen Privatrechts. 1925.

Ohmeyer, Kamillo Edler v.: Zahlung von Geldschulden, die auf fremde Währung lauten, mit inländischem Gelde; Allgemeine österreichische Gerichtszeitung 69. Jahrg. S. 273—277; S. 296—302. 1918.

Oertmann, Paul: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 5. Aufl. 1928.

Oertmann, Paul: Die rechtliche Natur der Aufrechnung im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 113 S. 376 ff.

Oertmann, Paul: Die Aufrechnung im deutschen Zivilprozeßrecht. 1916.

Oertmann, Paul: Das Pfandrecht an der eigenen Schuld in Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 81 S. 61 ff.

Pescatore, Gustav: Die Wahlschuldverhältnisse in Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des deutschen Reichs Bd. XIII, 1. 1905.

Pfeifer, Friedrich: Geldschulden und Geldentwertung. Breslauer ungedruckte Diss. 1925.

Planck: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Aufl. 1914.

Reichel, Hans: Internationale Geldschulden. Vortragsbericht in der Hanseatischen Rechtszeitschrift 1920. S. 733 ff.

Reichel, Hans: Rückwirkung der Aufrechnung gegen Fremdgeldforderungen im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 126 S. 313 ff.

Reichel, Hans: Unklagbare Ansprüche in Iherings Jahrb. für Dogmatik. Bd. 60 S. 38 ff.
Reichsgerichtsrätekommentar: 6. Aufl. 1928.
Rosenberg, Leo: Der Verzug des Gläubigers in Iherings Jahrb. für Dogmatik Bd. 43 S. 141 ff.
Sacerdoti, Adolfo: Des conflits de lois en matière de compensation des obligations. Journal du droit international privé Bd. 23 S. 57 ff. 1896.
Savigny, F. C. v.: Das Obligationenrecht. 1851.
Savigny, F. C. v.: System des heutigen römischen Rechts. 1840.
Schey, Jos. Freih. v.: Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 1890/1907.
Schollmeyer, Friedrich: Recht der Schuldverhältnisse. Allgemeiner Teil. 1900.
Seuffert, Lothar v.: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 11. Aufl. 1910/11.
Siber, Heinrich: Kompensation und Aufrechnung. Ein Beitrag zur Lehre des deutschen bürgerlichen Rechts. 1899.
Siber, Heinrich: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. 1903.
Smoschewer, Fritz: Aufrechnung von Valutaforderungen in Juristische Wochenschrift 1921, S. 1446.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12./13. Aufl. 1926 ff.
Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch 7./8. Aufl. 1912/1914. 9. Aufl. 1925 ff.
Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 14. Aufl. 1928.
Titze, Heinrich: Recht der Schuldverhältnisse in Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft Abtlg. Rechtswissenschaft X 2. Aufl. 1928.
Unger, Joseph: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts 1856/59.
Wächter, C. G. v.: Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 24 S. 230—311. Bd. 25 S. 1—60; 161—200; 360—469.
Walker, Gustav: Internationales Privatrecht. 3. Aufl. 1924.
Weigelin, Ernst: Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld. 1904.
Weigelin, Ernst: Ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung in Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht. 1924, S. 617.
Weinhagen: Reichsgericht und Valutafragen in Juristische Wochenschrift 1920 S. 594.
Weiß, Andre: Traité théorique et pratique de droit international privé 2. Aufl. 1912.
Wendt, Otto: Lehrbuch der Pandekten. 1888.
Westlake, John: Lehrbuch des internationalen Privatrechts. Deutsche Ausgabe von Holtzendorff. 1884.
Wolff, Martin: Das Geld in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts Bd. IV 1. Abtlg. 1917.
Zitelmann, Ernst: Internationales Privatrecht 1897/1912.

Sammelwerke und Zeitschriften.

Allgemeine österreichische Gerichtszeitung.
Böhm-Niemeyer, Zeitschrift für das internationale Privat- und Strafrecht.
Busch, Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß.
Clunet, Journal du droit international privé.
Deutsche Juristenzeitung.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Gerber-Ihering, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.
Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht.
Hanseatische Gerichtszeitung.
Hanseatische Rechtszeitschrift.
Juristische Rundschau.
Juristische Wochenschrift.
Kohler-Ring-Oertmann, Archiv für bürgerliches Recht.
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
Löbe-Mittermaier-Thibaut, Archiv für die zivilistische Praxis.
Mitteilungen des Verbandes österreichischer Banken und Bankiers, Beilage Rechtsprechung.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht.
Schweizerische Juristenzeitung.
Soergel, Das Recht.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht.

Abkürzungen.

c.c.	=	code civil.
DJZ.	=	Deutsche Juristenzeitung.
Hans. GZ.	=	Hanseatische Gerichtszeitung.
Hans. R.Zeitschr.	=	Hanseatische Rechtszeitschrift.
JW.	=	Juristische Wochenschrift.
LZ.	=	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
Ob.GH.	=	Oberster Gerichtshof.
Oesterr. Rspr.	=	Mitteilungen des Verbandes österreichischer Banken und Bankiers, Beilage Rechtsprechung.
Rspr. OLG.	=	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
SJZ.	=	Schweizerische Juristenzeitung.

Einleitung.

Unter den verschiedenen geldrechtlichen Problemen, die in der deutschen Inflation für Rechtslehre und Rechtsübung auftauchten, nahm die Behandlung der Fremdwährungsschuld oder, wie sie gebräuchlicher genannt wird, der Valutaschuld, einen besonders breiten Raum ein. Der Zerfall der heimischen Währung hatte es mit sich gebracht, daß zunächst bei Auslandsgeschäften Zahlungsverpflichtungen, mochten sie nun aus Warenlieferungen oder aus Darlehensgeschäften entstanden sein, nicht mehr in heimischer Währung eingegangen werden konnten, da der Auslandsgläubiger das damit verbundene Valutarisiko nicht auf sich nehmen wollte. Vielfach wurde dann auch bei reinen Inlandsgeschäften eine fremde, valutastarke Währung der heimischen vorgezogen, um sich gegen die immer weiter fortschreitende Entwertung des heimischen Geldes zu schützen, bis dieser Uebung durch die in den Devisenordnungen enthaltenen Verbote[1]) ein Ende bereitet wurde. Neben die in heimischer Währung, der damaligen Papiermark ausgedrückte Geldschuld trat so die Fremdwährungsschuld in immer stärkerem Maße. Ihre Stellung konnte in unserer ganz auf die heimische Währung eingestellten Rechtsordnung nicht unbestritten sein, enthält ja das BGB. für sie nur eine einzige Bestimmung in § 244. Ziemlich rasch aber wurden unter reger Mitwirkung der Doktrin die anfänglichen Begriffsschwierigkeiten überwunden und Grundsätze herausgearbeitet, die dem wirtschaftlichen Zweck der Fremdwährungsschuld gerecht wurden. So wurde vor allem die Auffassung, wonach Fremdwährungsschulden reine Warenschulden sind, überwunden und ihr Charakter als Geldschuld anerkannt. Das Aufrechnungsproblem bei Gegenüberstehen von Heimwährungs- und Fremdwährungsforderungen ist in der deutschen Praxis nur gelegentlich aufgetaucht, umsomehr aber hat sich die Literatur seiner angenommen. Die gefundene Lösung, daß nur der nach § 244 BGB. ersetzungsberechtigte

[1]) Vgl. die VO. gegen die Spekulation in ausl. Zahlungsmitteln vom 12. Okt. 1922 (RGBl. I S. 795) mit den Ausführungs-VO. vom 12. Okt. 1922 (RGBl. I S. 797), v. 27. Okt. 1922 (RGBl. I S. 809) vom 9. Dez. 1922 (RGBl. I S. 922). Ferner VO. gegen die Valutaspekulation vom 8. Mai 1923 (RGBl. I S. 275) mit den Ausführungs-VO. vom 8. Mai 1923 (RGBl. I S. 279), vom 29. 6. 23 (RGBl. I S. 509), vom 24. Juli 1923 (RGBl. I S. 748) vom 24. August 1923 (RGBl. I S. 835), 2. November 1923 (RGBl. I S. 1072) und mit den Aenderungs-VO. vom 29. Juni 1923 (RGBl. I S. 507) und vom 2. Nov. 1923 (RGBl. I S. 1072). Die wesentlichsten Bestimmungen wurden durch die VO. vom 8. November 1924 (RGBl. I S. 729) und die VO. vom 1. Mai 1926 (RGBl. I S. 217) aufgehoben.

Fremdwährungsschuldner aufrechnen könne, ist wohl kaum befriedigend. Das Problem hat daher an grundsätzlicher, aber auch an praktischer Bedeutung nichts verloren, da die Valutaschuld, wenn sie auch heute erfreulicherweise im Inlandsverkehr wieder völlig in den Hintergrund getreten ist, eine ständige Erscheinung des Auslandsverkehrs bleibt. Damit werden aber gleichzeitig in Ansehung der zur Aufrechnung stehenden Forderung fast immer in der Person, dem Wohnsitz oder dem Aufenthalte eines der Beteiligten, oder in dem Entstehungs- oder Erfüllungsort der Forderung Gründe entstehen, die die Maßgeblichkeit des deutschen Rechts zweifelhaft erscheinen lassen. Es muß dann, bevor an die Aufrechnungsfrage herangegangen werden kann, erst feststehen, welche Rechtsordnung im Einzelfalle zuständig ist. Dieser Vorfrage soll der erste Abschnitt dieser Arbeit gewidmet sein, während sich dann der zweite Abschnitt mit der Aufrechnung von Heimwährungs- und Fremdwährungsforderungen nach deutschem Recht beschäftigen wird.

I. Abschnitt.

Die internationalprivatrechtlichen Vorfragen.

§ 1.

Die für die Aufrechnungsforderungen maßgebliche Rechtsordnung.

I. Um feststellen zu können, nach welchen gesetzlichen Regeln sich die Aufrechnung zweier Forderungen vollzieht, muß zunächst bekannt sein, welcher Rechtsordnung die beiden zur Aufrechnung stehenden Forderungen unterworfen sind. Bekanntlich regelt das Einführungsgesetz zum BGB. in Art. 7—31 das räumliche Geltungsgebiet der privatrechtlichen Normen nur lückenhaft. In dem hier in Betracht zu ziehenden schuldrechtlichen Teil ist lediglich eine Bestimmung für Deliktsobligationen enthalten, die nicht einmal eine Kollisionsnorm für Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen gibt, sondern lediglich die Ansprüche aus einer im Ausland begangenen unerlaubten Handlung gegen einen Deutschen auf das beschränkt, was nach den deutschen Gesetzen begründet ist. (Art. 12 E.G. BGB.). Immerhin herrscht Einigkeit darüber, daß die Deliktsobligationen dem Rechte des Ortes, an dem die unerlaubte Handlung begangen

wurde, unterworfen sind [1]). Dieselbe Ansicht wird vorwiegend für die Quasidelikte vertreten [2]). Wie aber die bei den rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen bestehende Lücke [3]) auszufüllen ist, war und ist in erheblichem Maße streitig.

Ueber das hier grundsätzlich maßgebende Recht sind in der Hauptsache fünf Lehrmeinungen aufgestellt.

1. Nach der Theorie von Zitelmann soll das Personalstatut des Schuldners unter Zugrundelegung des Staatsangehörigkeitsprinzips für das Obligationenrecht ausschließlich maßgebend sein. Für alle Rechte, welche eine unmittelbare Herrschaft an einer Person gewähren, sei es dieser Person selbst, sei es einer anderen, und ebenso für alle Rechte, welche eine Macht über die Leistung einer bestimmten Person gewähren, sei die Rechtsordnung des Staates maßgebend, dem die kraft des subjektiven Rechts beherrschte Person angehört, ihr Heimatstaat; denn über Personen übe derjenige Staat die Herrschaft aus, der Personalhoheit über sie habe, und das sei eben ihr Heimatstaat [4]).

Die Lehre Zitelmanns, der auch Klein folgt [5]), hat neuerdings durch Frankenstein besondere Ausgestaltung erfahren. Nach Frankenstein untersteht jeder Mensch für alle seine Verpflichtungen primär dem Rechte seines Heimatstaates. Grundlage für diese Auffassung sind die sozialpsychologischen Beziehungen des Menschen zur Rechtsordnung. Alles Recht erwächst aus der Rechtsüberzeugung einer Gruppe, aus dem, was „nach dem Urteil aller als Grundsatz für das Handeln aller zu gelten hat“ [6]). Zunächst entsteht hieraus das werdende, fließende Recht, das mit der stetigen Entwicklung des Menschen und seiner Einsicht von lebenserhaltenden und lebenssteigernden Dingen Schritt hält, aber auch damit dauerndem Wechsel unter-

[1]) v. Bar II S. 115; Zitelmann II S. 464; Meili II S. 89; Walker S. 440; Neumeyer S. 31; Weiß IV S. 416; im Ergebnis ebenso Frankenstein II S. 362; RG. Bd. 36, 28; 57, 142; 96, 96.

[2]) v. Bar II S. 115; Meili II S. 95; Neumeyer S. 32; Walker S. 464; a. A. Zitelmann II 513 ff.

[3]) Bestimmungen sind lediglich in dem Vertrag zwischen dem Deutschen Reich und den Sowjetrepubliken der Ukraine, Weißrußland etc. vom 5. 11. 22 (Rg.Bl. 1923 II S. 315) für die Angehörigen der vertragschließenden Staaten enthalten, ebenso in Art. 9 des deutschrussischen Wirtschaftsabkommens vom 12. 10. 1925 (RGBl. 1926 II S. 13) für die in Deutschland vorgenommenen Rechtshandlungen der russischen Handelsvertretung. Durch Art. 3 dieses Abkommens sind die Kollisionsnormen im Vertrag vom 5. 11. 22 wieder aufgehoben worden.

[4]) a. a. O. I S. 125 ff.

[5]) JW. 1919 S. 499; 1922 S. 1324; 1924 S. 1503.

[6]) a. a. O. I S. 8.

worfen ist. Dieses unsichere, fließende Recht wird durch das feste, gesetzte Recht, die Zwangsordnung einer Gruppe, in eine feste, erstarrte Form gebracht. Das gesetzte Recht erscheint als Querschnitt der Rechtsüberzeugung einer Gruppe, als eine Zwangsordnung, die bewußt aus dem Recht als Inbegriff der unbewußt zur Maxime erhobenen vermeinten Lebensbedingungen einer Gruppe abgeleitet ist[7]). Jeder einzelne gehöre nun durch seine Abstammung einer Gruppe, einem Staate und damit auch einer Rechtsordnung an, da er kraft seiner Abstammung psychologisch Träger der Rechtsüberzeugung dieser Gruppe, staatsrechtlich Träger der Staatsgewalt und Gesetzgebung ist und als Subjekt und Objekt der Staatsgewalt in einem gegenseitigen Treuverhältnis zum Staate steht. Durch diese drei Momente sei jeder Einzelne mit der Rechtsordnung seines Heimatstaates verknüpft[8]). Diese psychologische Verknüpfung bildet für Frankenstein als aprioristisches Axiom die Grundlage des gesamten internationalen Privatrechts. Sie ist die „primäre Anknüpfung". Unterwirft die Rechtsordnung, die so ihre Angehörigen beherrscht, einer fremden Rechtsordnung, so kommt diese kraft „sekundärer Anknüpfung" zur Anwendung[9]). Bei einer Mißachtung der Grenzen der staatlichen Rechtsmacht gegenüber fremden Staatsangehörigen und deren Unterwerfung unter das eigene Recht sei eine „Pseudo-Anknüpfung" gegeben[10]). Bei den Schuldverhältnissen liege nun das Wesentliche an der Bindung des Schuldners, die ihm nur das Recht auferlegen könne, das allein die rechtliche Herrschaft und nicht nur die tatsächliche Macht über ihn habe, sein Heimatrecht. Dies sei zwar nicht wie bei Zitelmann ausschließlich, aber primär für die Beurteilung der Obligation maßgeblich. Das an sich kraft primärer Anknüpfung maßgebliche Heimatrecht könne aber die Angehörigen im Schuldrecht freier stellen und sie dem Recht folgen lassen, das ihnen im Verkehrsleben am nächsten ist. So könne kraft sekundärer Anknüpfung das Recht des Wohnsitzes, des Vertragsortes oder ein sonst frei gewähltes Recht maßgeblich werden[11]). Nach Frankenstein entscheiden hiernach über das maßgebliche Recht die Grenznormen derjenigen Rechtsordnung, der der Schuldner kraft Staatsangehörigkeit unterworfen ist.

2. Nach der hauptsächlich von Bar vertretenen Ansicht soll das Personalstatut des Schuldners und zwar das Gesetz seines Wohn-

[7]) a. a. O. I S. 12.
[8]) a. a. O. I S. 38.
[9]) a. a. O. I S. 34, 49 ff., 85 ff., 120 ff.
[10]) a. a. O. I S. 34, 52.
[11]) a. a. O. II S. 126 ff., S. 178 ff.

sitzes entscheidend sein. Das Personalstatut deshalb, weil die absoluten Rechtssätze des Obligationenrechts, welche der Parteiwillkür nicht nachgeben, regelmäßig im Interesse des Schuldners bestehen und diese Fürsorge nicht aufhören könne, wenn ein Staatsangehöriger zufällig eine Verbindlichkeit im Auslande übernommen oder daselbst zu erfüllen hat[12]). Die lex domicilii deshalb, weil in sehr vielen Fällen der Wohnsitz des Schuldners Erfüllungsort ist[13]), die Berufung auf das nationale Gesetz auf eine Verletzung der bona fides herauskommen würde und weil man bei der Schnelligkeit des Verkehrs nicht alle Vertragsbestimmungen nach dem nationalen Rechte des andern Kontrahenten abmessen könne[14]). Die lex domicilii dürfe jedoch nicht als ausnahmsloser Grundsatz aufgestellt werden. Es sei, wenn man überhaupt eine Formel aufstellen wolle, ungefähr folgendes zu sagen: „Inwieweit vertragsmäßige Verpflichtungen nach ausländischem Recht zu beurteilen sind, ist nach der Natur der Sache und mit Rücksicht auf die von den Parteien ausdrücklich oder stillschweigend vorgesehene Art und Weise der Erledigung des Vertrages zu beurteilen. Inwieweit hiernach weder die Gesetze des Vertragsschlusses noch die Gesetze des Ortes der Erfüllung zur Anwendung kommen, entscheidet für jeden der Kontrahenten das Gesetz seines Wohnortes, und insoweit das an sich maßgebende Gesetz zwingende Bestimmungen nicht entgegenstellt, können die Parteien auch einem beliebigen andern Rechte ausdrücklich oder stillschweigend sich unterwerfen“[15]).

3. Nach der auf Savigny zurückgehenden Lehre ist das Recht des Erfüllungsortes maßgebend. Savigny hat diese Auffassung damit begründet, daß der Sitz der Obligation am Erfüllungsorte zu denken sei, da die Erfüllung mit dem eigensten Wesen der Obligation zusammenfalle; auf sie sei die Erwartung der Parteien gerichtet. Dort sei der besondere Gerichtsstand der Obligation und dort sei auch das örtliche Recht zu finden, das auf sie angewendet werden müsse[16]). Wenn die Obligation einen bestimmten Erfüllungsort habe, so sei das Gesetz dieses Erfüllungsorts maßgebend. Wenn die Obligation aus einer fortlaufenden Geschäftsführung des Schuldners hervorgehe, so komme es auf das Gesetz des Ortes an, an welchem die Geschäftsführung ihren bleibenden Sitz habe. Wenn die Obligation aus einer einzelnen Handlung des Schuldners an dessen Wohnsitz

12) Int. Privatrecht II S. 13 ff.
13) Daselbst II S. 13.
14) Daselbst II S. 25.
15) Int. Privatrecht II S. 30.
16) System VIII S. 208 ff.

entstanden sei, so komme das Gesetz dieser Handlung zur Anwendung, sodaß die spätere Aenderung dieses Wohnsitzes hieran nichts ändere. Wenn die Obligation aus einer einzelnen Handlung des Schuldners außer dessen Wohnsitz, aber unter solchen Umständen entstanden sei, daß man eben daselbst die Erfüllung erwarte, so komme das Gesetz des Ortes dieser Handlung zur Anwendung. Wenn aber keine dieser Voraussetzungen vorhanden sei, so müsse das Gesetz des Wohnorts des Schuldners entscheiden [17]).

4. Schon sehr frühe ist die Theorie aufgestellt worden, daß das am Orte der Errichtung des Rechtsgeschäfts geltende Gesetz, die lex loci contractus maßgebend sein soll. Man hat zunächst aus dem römischen Rechte diesen Grundsatz ableiten wollen [18]), auch wurde er auf die Behauptung gestützt, daß Handlungen der Gewalt und somit auch den Gesetzen des Territoriums unterworfen seien, in welchem sie vorfallen [19]). Seit dem 17. Jahrhundert suchte man diesen Satz, den man auch durch die Worte „locus regit actum" ausdrückte, durch die Behauptung zu stützen, daß der in einem fremden Staate Handelnde zeitweiliger Untertan (subditus temporarius) dieses Staates werde, daher die von ihm dort vorgenommenen Handlungen nach dem Rechte dieses Staates zu beurteilen seien. Andere beriefen sich auf den Grundsatz, daß wohlerworbene Rechte zu schützen seien [20]). Zuletzt überwog die Meinung, daß dieser Satz aus dem Willen, der Autonomie der Parteien folge, die sich für ihr Rechtsverhältnis einem bestimmten örtlichen Rechte freiwillig unterwerfen [21]).

5. Nach einer heute kaum mehr als Prinzip vertretenen, für das gemeine Recht aufgestellten Lehre soll endlich das Recht des Prozeßorts, die lex fori maßgeblich sein. Sie wurde besonders von Wächter vertreten [22]). Für die Entscheidung, welches Recht anzuwenden ist, habe der Richter zunächst darauf zu sehen, ob nicht das positive Recht seines Landes eine ausdrückliche Entscheidung der Frage enthalte [23]). Wenn keine allgemeine ausdrückliche Entscheidung vorliege, müsse er die Entscheidung zunächst im Sinne und Geiste derjenigen besonderen, in seinem Lande geltenden Gesetze, welche das vor ihn gebrachte Verhältnis an sich zum Gegen-

[17]) System VIII S. 226, 227, 246 und 247.
[18]) Vgl. v. Wächter Arch. f. Ziv.Praxis Bd. 25 S. 246.
[19]) Vgl. v. Wächter Arch. f. Ziv.Praxis Bd. 25 S. 288.
[20]) Vgl. Walker S. 327.
[21]) Vgl. Weiß IV S. 363 ff.
[22]) Ueber die Kollision der Privatrechtsgesetze Arch. f. Ziv.Praxis Bd. 24 S. 230—311, Bd. 25 S. 1—60, 161—200, 360—469.
[23]) Arch. f. Ziv.Praxis Bd. 24 S. 239.

stand haben, suchen[24]). Wenn aber aus Richtung, Sinn und Geist des betreffenden besonderen Gesetzes eine Entscheidung über die Frage sich nicht mit Bestimmtheit entnehmen lasse, so habe der Richter im Zweifel das Recht seines Landes in Anwendung zu bringen[25]).

II. Eine eingehende Erörterung der verschiedensten Bedenken, die gegen jede dieser Theorien ins Feld geführt wurden, würde hier zu weit führen. Soweit diese Lehren lediglich axiomatisch begründet sind — wie besonders bei Zitelmann und Frankenstein —, müssen sie den Einwand gegen sich gelten lassen, daß nicht logische Gesichtspunkte in Reinkultur, sondern in erster Linie die Erkenntnis der Lebens- und Verkehrsbedürfnisse als Grundlage einer brauchbaren Regelung dienen können. Es gibt kein einheitliches und allgemeingültiges Prinzip, nach welchem alle Kollisionsfragen, wieviel weniger noch die Kollisionsfragen des vielgestaltigen Obligationenrechts entschieden werden könnten[26]) So wurden denn auch von den Vertretern der einen oder andern Lehre mehr oder minder zahlreiche Vorbehalte gemacht. Selbst Frankenstein kommt über den Weg der „sekundären Anknüpfung" zu einer relativ kasuistischen Regelung.

Am wenigsten konnte sich die Ansicht Wächters Geltung verschaffen. Die rücksichtslose Anwendung lediglich des heimischen Rechts würde einen geordneten Verkehr mit dem Auslande unmöglich machen. Die Rechtssicherheit des Verkehrs wäre erschüttert, wären ja die Parteien solange im unklaren über ihre rechtlichen Beziehungen, bis der eine oder andere an einem mehr oder weniger zufälligen Orte die Hilfe des Richters anrufen würde[27]). Unbestritten ist nur, daß die lex fori immer für die Prozeßregeln maßmaßgeblich ist. Auch insofern kommt ihr Bedeutung zu, als in den gesetzlichen Bestimmungen oft durch eine allgemeine Klausel die Anwendung einer ausländischen Rechtsordnung ausgeschlossen und damit die Anwendung der lex fori in diesem Umfang geboten wird. So bestimmt Art. 30 EGBGB., daß die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ausgeschlossen ist, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes

---

[24]) Daselbst S. 261.

[25]) Daselbst S. 265.

[26]) v. Bar Int. Privatrecht II S. 23, Meili II S. 14, Walker S. 323.

[27]) v. Bar Int. Privatrecht I S. 73 und 79; Walker S. 324.

verstoßen würde[28]). Im übrigen hat aber die lex fori auch als subsidiäre Regel keine Bedeutung erlangt.

Aber auch gegen die Anwendung der lex patriae sprechen erhebliche Bedenken. Zwar bildet die Staatsangehörigkeit die Anknüpfung für fast alle im EGBGB. enthaltenen Kollisionsnormen, aber gerade nur bei Rechtsverhältnissen, die mit national-physischen und national-ethischen Anschauungen verbunden sind[29]). Beim Obligationenrecht steht aber die wirtschaftliche Seite im Vordergrund. Es unterliegt keinem Zweifel, daß die Herbeiziehung des heimatlichen Rechts des Schuldners in hohem Maße verkehrsfeindlich und lebensfremd ist, können doch die Parteien, wie Bar mit Recht hervorgehoben hat, bei der Schnelligkeit des Rechtsverkehrs nicht alle Vertragsbestimmungen nach dem Heimatrecht des Schuldners abmessen, viel weniger die Staatsangehörigkeit des Einzelnen oft erkennen oder auch nur mit einiger Sicherheit feststellen[30]). Dies verkennt auch nicht Frankenstein, trägt er ja den wirtschaftlichen Bedürfnissen durch eine breite Verwendung der „sekundären Anknüpfung" weitgehendst Rechnung, aber doch nur im Rahmen des primär maßgeblichen Heimatrechts. Gewiß können dadurch Ergebnisse erzielt werden, die durchaus den Verkehrsbedürfnissen entsprechen. Aber der Umweg über das Personalstatut des Schuldners dürfte doch eine gekünstelte Konstruktion sein. Wenn ein Oesterreicher in Deutschland eine Verbindlichkeit eingeht, so kann sicher das deutsche Recht nicht auf Grund des § 37 Oesterr. ABGB. Anwendung finden. Abgesehen von den Bedenken gegen jede axiomatische Begründung ist schon die Aufstellung des Heimatrechts als aprioristische Anknüpfung auf Grund jener sozialpsychologischen Erwägungen an sich anfechtbar[31]). Ebenso anfechtbar dürfte aber m. E. sein, ohne Rücksicht auf die durchaus verschieden gelagerten Kollisionsfälle, diese aprioristische Anknüpfung jedem Falle zu Grunde zu legen. Die Zuständigkeitskonflikte treten aus den verschiedensten Ursachen und anläßlich der verschiedensten Rechtsbeziehungen der Parteien auf. Das Staatsangehörigkeitsprinzip an sich kann deshalb, abgesehen von allen andern Bedenken, auch nur eine relative Durchschlagskraft haben. Am schwächsten ist sie dort, wo die Erwägungen, die

[28]) Vgl. auch Franz. c.c. Art. 3; im englischen und österreichischen Rechte ist eine Vorbehaltsklausel nicht enthalten. Sie gilt aber dennoch, da sie für jede Rechtsordnung unentbehrlich ist. Vgl. Walker S. 243.

[29]) Beer a. a. O. S. 360.

[30]) v. Bar Int. Privatrecht II S. 24 ff., Neumeyer S. 28, Walker S. 336.

[31]) Vgl. Neumeyer JW. 1926 S. 1909.

zu diesem Prinzip geführt haben, aufhören, sich als logische Forderungen darzustellen, und dies ist gerade dort, wo es sich nicht in erster Linie um nationale, sondern wie im Obligationsrecht um wirtschaftliche Beziehungen des einzelnen zu einer Rechtsordnung handelt. So ist denn auch bis jetzt das Staatsangehörigkeitsprinzip in Theorie und Praxis nicht zur Herrschaft gelangt.

Die Auffassung, daß die am Orte der Errichtung des Rechtsgeschäfts geltenden Gesetze maßgebend seien, ist weniger im deutschen Rechtsgebiet vertreten. In fremden Rechten und Rechtslehren ist sie aber weit verbreitet. So ist die lex loci contractus mit verschiedenen Vorbehalten und Aenderungen geltendes Recht in Oesterreich [32]) und in Italien [33]); in Frankreich, Belgien, Holland und Spanien ist sie die in Theorie und Praxis herrschende Lehre, für sie ist auch eine überwiegende Ansicht in England, den Vereinigten Staaten und Rußland [34]). Im deutschen Rechtsgebiet geht der Lehrstreit außer dem neuerdings durch Frankenstein wieder in den Vordergrund gerückten Heimatrecht des Schuldners vorwiegend um die lex domicilii [35]) und die lex solutionis [36]). Von spezieller Bedeutung ist hierbei noch die Frage der Privatautonomie der Parteien über das anzuwendende Recht [37]) und die Frage einer besonderen Regelung der zweiseitigen Verträge [38]). Die Maßgeblichkeit des Erfüllungsortes war in Theorie und Praxis des gemeinen Rechts vorherrschend. Das Reichsgericht hat in vielen Entscheidungen mit aller Bestimmtheit sich zu Gunsten dieses Grundsatzes entschieden, daß früher aufgeworfene Zweifel [39]) als erledigt betrachtet werden können [40]). Den in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung enthaltenen Grundlinien dürfte in den Hauptzügen zu folgen sein.

---

[32]) Oesterr. ABGB. §§ 36/37.

[33]) Ital. c.c. Art. 9.

[34]) Vgl. Walker S. 324 Anm. 5.

[35]) Sie war in § 11 Entw. I zum BGB. als gesetzliche Regel vorgesehen. Für sie außer Bar auch Neumeyer S. 27, ebenso Beer S. 360 f. Der 6. Zivilsenat des RG. hatte sie in zwei Entscheidungen (Bd. 61 S. 344, Bd. 62 S. 380) für maßgebend erklärt, hat aber in Bd. 96 S. 272 diesen Standpunkt wieder verlassen.

[36]) Für sie Dernburg I S. 103, Gierke I S. 231 ff, Enneccerus I 2 § 321, Staub-Könige II, 1 Anhang zu § 372 Anm. 8.

[37]) Dagegen v. Bar Int. Privatrecht II, 1 ff., Neumeyer S. 28, Frankenstein II S. 159 (als primäre Anknüpfung).

[38]) Vgl. Staudinger-Kuhlenbeck Vorbem. I, 3 zu Art. 11 EGBGB. (7.—8. Auflage) und besonders Neuner in Zeitschr. f. ausl. u. inter. Privatrecht 1928 S. 108 ff.

[39]) Vgl. Anm. 35 oben.

[40]) RG. Bd. 108 S. 241; 107 S. 46; 103 S. 61; 103 S. 261; 101 S. 66; 95 S. 165; 82 S. 309; 78 S. 59; 73 S. 387; 66 S. 75; 65 S. 332; 58 S. 357; 57 S. 367; 55. S. 108.

III. Nach der Praxis des Reichsgerichts hat die Maßgeblichkeit des Erfüllungsorts nur subsidiäre Bedeutung. In erster Linie entscheidet die vertragliche Regelung [40a]). Die Parteien können sich über das zur Anwendung kommende Recht vertraglich einigen, soweit dies gesetzlich zulässig erscheint [41]). Insbesondere können nicht durch Vereinbarung eines ausländischen Erfüllungsortes deutsche Gesetze umgangen werden und so ausländischem Recht in Widerspruch zu Art. 30 EGBGB. Geltung verschafft werden [42]). Ist eine Vereinbarung getroffen, so ist zu vermuten, daß die Vertragschließenden das ganze Rechtsverhältnis einheitlich und in allen Beziehungen dem gekorenen Rechte unterwerfen wollen. Als Anhaltspunkt dafür kommt insbesondere der ganze wirtschaftliche Zusammenhang in Betracht [43]). Eine Vereinbarung über das anzuwendende Recht kann auch stillschweigend erfolgen. Dabei kommt es für die Erforschung des Parteiwillens auf alle wesentlichen Umstände vor, bei und nach Vertragschluß an [44]). So kann hier auch die Staatsangehörigkeit, der Ort des Vertragsschlusses Bedeutung erlangen. Nötigenfalls ist der Parteiwille zu ergänzen und nach allgemeinen Auslegungsregeln zu ermitteln, welche Bestimmung die Parteien bei vernünftiger und billiger Berücksichtigung aller Umstände zur Zeit und am Orte des Vertragschlusses über das anzuwendende Recht getroffen haben würden, wenn sie sich diese Frage vorgelegt hätten [45]). Bei der Ergänzung des Parteiwillens kommt es in erster Linie darauf an, ob die Parteien ein einheitliches Recht gewollt haben, [46]), wobei auf den rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang aller Verhältnisse Bedacht zu nehmen ist [47]). Erst dann, wenn weder ein erkennbarer Parteiwille vorhanden, noch Anhaltspunkte für seine Ergänzung gegeben sind, ist das Recht des Erfüllungsorts maßgebend. Der Zirkel, der sich hier aus der zunächst zu lösenden Vorfrage ergibt, nach welchem Recht der Erfüllungsort denn zu bestimmen ist, wird durch das Reichsgericht dadurch ver-

---

[40a]) Vgl. die ausführliche Darstellung bei Lewald a. a. O. Nr. 260—276.

[41]) RG. Bd. 95 S. 41; 74 S. 173; 68 S. 205; 59 S. 350; 44 S. 155.

[42]) RG. Bd. 108 S. 241; 93 S. 183; 80 S. 132; 73 S. 368; 60 S. 300; 44 S. 302.

[43]) RG. Bd. 101 S. 143; 95 S. 166; 73 S. 388; 68 S. 207; 59 S. 114; 40 S. 197.

[44]) RG. Bd. 73 S. 388; 68 S. 205.

[45]) RG. Bd. 81 S. 274; 73 S. 388; 68 S. 205.

[46]) RG. Bd. 101 S. 43; 81 S. 273.

[47]) RG. L.Z. 1912, S. 548 Anm. 38.

mieden, daß es diese Vorfrage im Sinne der lex fori beantwortet. Man müsse davon ausgehen, daß der Richter stets in Anwendung des eigenen Rechts entscheidet; in letzter Linie auch da, wo er fremdes Recht anwendet insofern, als er damit die ausdrückliche oder immanente Kollisionsnorm seines Rechts befolge [48]). Da der Erfüllungsort bei gegenseitigen Verträgen häufig nicht derselbe sein wird, so sind in diesem Falle die gegenseitigen Forderungen verschiedenen Rechten unterworfen [49]).

§ 2.

Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht.

I. Soweit sich nun nach diesen vom Reichsgericht aufgestellten Grundsätzen ergibt, daß beide Forderungen demselben Recht unterworfen sind, wird über Voraussetzungen, Vollzug und Wirkung der Aufrechnung selbstverständlich dieses Recht entscheiden. Dieser Fall kann nicht selten eintreten, da die Forderungen auf Grund der Rechtsbeziehungen der Parteien oft in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen werden, und die Berücksichtigung dieser Umstände nach den ausgeführten Grundlinien zu dem Ergebnis führen kann, daß nach dem stillschweigenden oder auch nur vermutlichen Parteiwillen beide Forderungen nach einem einheitlichen Rechte beurteilt werden sollen. Schwierigkeiten entstehen erst dann, wenn unzweifelhaft feststeht, daß beide Forderungen verschiedenen Rechten unterworfen sind.

Der Aufrechnungstatbestand ist in den Rechtsordnungen verschieden geregelt. So entsteht nach § 1438 Oesterr. ABGB., insoweit die Forderungen sich gegeneinander ausgleichen, eine gegenseitige Aufhebung der Verbindlichkeit, welche „schon für sich die gegenseitige Zahlung bewirkt". Die Aufhebung erfolgt hier ipso iure, ohne daß es einer Erklärung des kompensierenden Schuldners oder einer Einwilligung oder auch nur eines Vorwissens des Gläubigers bedarf. Die einseitige Erklärung reicht nach der besonders von Ehrenzweig vertretenen Ansicht [1]) nicht aus. Sie führe, wenn der Gegner zustimmt, zur vertragsmäßigen Aufrechnung; wenn er ablehne, müsse die Aufrechnung im Prozesse durchgesetzt und zu diesem Behufe mittels

[48]) RG. Bd. 109 S. 298; 95 S. 164.

[49]) RG. Bd. 95 S. 165; 81 S. 274; 73 S. 387; 66 S. 73; 65 S. 532, 58 S. 367.

[1]) a. a. O. II, 1 S. 349 I.

Einrede geltend gemacht werden. Das ist jedoch nicht unbestritten [2]). Auch der österr. Ob. G.H. hat sich in einer Entscheidung vom 2. Mai 1923 (Oesterr. Rspr. V S. 319) dafür ausgesprochen, daß die Wirkung der Kompensation auch durch einseitige Willenserklärung herbeigeführt werden kann. Im Prozesse hat aber jedenfalls der österreichische Richter auf die Aufrechenbarkeit ebensowenig wie auf die Verjährung von Amtswegen Bedacht zu nehmen. „Wenn nach dem Gesetze die beiden Forderungen mit dem Eintritt der Aufrechenbarkeit erlöschen, so ist das doch nur unter der Bedingung der Fall, daß die Erlöschung mit Erfolg geltend gemacht wird" [3]). Die Aufrechnung erscheint als „bedingt ipso iure wirkende Erlöschenstatsache" [4]). Der Richter vollzieht nicht die Aufrechnung, er erkennt nur, daß die Forderungen mit dem Eintritt ihrer Aufrechenbarkeit ipso iure erloschen sind. Ebenso wird im französischen Recht ipso iure kompensiert (c. c. Art. 1296). Eine ganz andere Regelung weist wiederum das anglo-amerikanische Recht auf. Hier ist die Aufrechnung überhaupt nicht materiell-rechtlich geregelt. Man kennt dort die Aufrechnung, das „set-off", lediglich als prozessuales Verteidigungsmittel des Beklagten im Rechtsstreit. Macht er es ordnungsmäßig im Prozeß geltend, so tritt noch nicht der Aufrechnungserfolg ein. Erst durch das richterliche Urteil werden die Forderungen zum Erlöschen gebracht [5]).

Sodann sind in den einzelnen Rechten die Voraussetzungen für die Aufrechnung verschieden geregelt. So kann z. B. nach Art. 1291 Abs. 2 franz. c. c. mit einer Geldschuld auch gegen eine Forderung auf Getreide oder Lebensmittel, die einen öffentlichen Marktpreis

[2]) Nach Hasenöhrl (a. a. O. II § 97 c) kann die Aufrechnung außerhalb des Prozesses auch durch einseitige Kompensationserklärung vollzogen werden. „Es ist nicht einzusehen, warum der Beteiligte genötigt sein soll, einen Prozeß einzuleiten, um dem Schwebezustand ein Ende zu machen, der zwischen dem Eintritt der Kompensabilität und der Durchführung der Kompensation obwaltet. Es kann für jeden der Beteiligten von Belang sein, daß die Kompensation durchgeführt wird, damit er in definitiver Weise vermittels derselben von seiner Schuld sich befreit und es muß daher ein Mittel gegeben werden, durch welches er auch ohne Mitwirkung seines Gegners und ohne Prozeß diesen Zweck erreichen kann. Dieses Mittel liegt in einer außer dem Prozesse abgegeben, sei es gerichtlichen, sei es außergerichtlichen Erklärung des Beteiligten, mittelst welcher er seinen Willen dahin ausspricht, daß er die Kompensation eingetreten sein lassen will." Ebenso die bei Ehrenzweig II, 1 § 349 Anm. 1 genannten Schriftsteller. Ehrenzweig, der die Aufrechnungserklärung überhaupt für eine merkwürdig gekünstelte Konstruktion hält, findet hiefür keine Stütze im österreichischen Gesetze (vgl. II, 1 § 349 I).

[3]) Ehrenzweig II, 1 § 349 I.

[4]) Unger II S. 490 und 491 N. 30, Ehrenzweig II, 1 § 349 1.

[5]) Vgl. Dölle a. a. O. S. 34.

haben, aufgerechnet werden. Weiter ist im französischen, ebenso auch im anglo-amerikanischen Rechtskreis Liquidität der Forderungen nötig: sie müssen dem Grunde nach sicher und der Höhe nach bestimmt sein [6]). Vielfach kann der Bürge auch mit einer Forderung des Hauptschuldners aufrechnen [7]). Insbesondere aber haben die Aufrechnungsbeschränkungen, der Ausschluß der Aufrechnung gegen eine bestimmte Forderung, in den einzelnen Rechten auf Grund abweichender oder differenzierterer Interessenabwägigungen verschiedenen Umfang. So ist z. B. dem Oesterr. Recht ein dem § 394 BGB. entsprechender Rechtssatz, wonach die Aufrechnung gegen unpfändbare Forderungen ausgeschlossen ist, fremd. Gegen Unterhaltsforderungen kann nur dann nicht aufgerechnet werden, wenn der Berechtigte erwerbsunfähig und auf den Unterhalt angewiesen ist [8]). Dagegen ist die Aufrechnung gegen Lohnforderungen abgesehen von einzelnen Spezialfällen [9]) nicht untersagt. Im schweizerischen Obl. Recht Art. 125 ist wiederum die Aufrechnung gegen Lohnguthaben und Unterhaltsansprüche insoweit ausgeschlossen, als sie zum Unterhalt des Gläubigers und seiner Familie unbedingt erforderlich sind. Vielfach ist auch die Aufrechnung gegen Schadensersatzforderungen schlechthin zulässig und nur gegenüber demjenigen ausgeschlossen, der eine eigenmächtig oder bösgläubig entzogene oder eine entlehnte, in Verwahrung oder in Bestand genommene Sache zurückfordert [10]). Endlich kann die Wirkung der Aufrechnung in den beiden Rechten, denen die gegenüberstehenden Forderungen unterworfen sind, verschieden geregelt sein. Hier überall erhebt sich die Frage, aus welchem Rechte die Erkenntnis zu schöpfen ist, ob, wie und mit welcher Wirkung eine Aufrechnung möglich ist.

II. Die verschiedenen Ansichten, die zu diesem Problem geäußert wurden, lassen sich in zwei Gruppen teilen: nach einer Gruppe von Lehrmeinungen beurteilt sich die Aufrechnung in Voraussetzung,

---

[6]) In Oesterreich ist dieses Erfordernis beseitigt. Vgl. Ehrenzweig II, 1 S. 310.

[7]) So z. B. im österreichischen Recht (vgl. Ehrenzweig II, 1 § 308 IV, 1 und § 348 II, 1, a) und im französischen Recht: c.c. Art. 1294.

[8]) Dies wird aus dem die Pfändbarkeit in diesem Umfange ausschließenden § 291 Ziff. 2 E.O. abgeleitet. (Vgl. Ehrenzweig II 1 § 348 S. 311 b).

[9]) § 78 c Oesterr. Gew.O. schließt die Aufrechnung gegen Lohnforderungen nur mit solchen Forderungen aus, die aus gesetzwidrig kreditierten Warenlieferungen entstanden sind. Ein weitergehendes Aufrechnungsverbot enthält § 21 des Gesetzes vom 28. 7. 1902 betr. die bei Regiebauten von Eisenbahnen verwendeten Arbeiter (vgl. Ehrenzweig II. 1 § 348).

[10]) Oesterr. ABGB §§ 1440, 1439. Franz. c.c. Art. 1293; Ital. c.c. Art. 1289, 2; Schweiz. Obl.R. Art. 125.

Vollzug und Wirkung lediglich nach einer Rechtsordnung, und zwar soll

a) die lex fori,

b) die Rechtsordnung der Forderung, gegen die aufgerechnet wird,

c) die Rechtsordnung des Landes, indem sich der Aufrechnungstatbestand verwirklicht hat,

d) die für den Aufrechnungsgegner günstigste Rechtsordnung

maßgeblich sein. Nach der zweiten Gruppe sollen beide Rechtsordnungen, denen die sich gegenüberstehenden Forderungen unterworfen sind, kumulativ zur Anwendung kommen, und zwar für den gesamten Aufrechnungstatbestand.

1. a) Die Ansicht, wonach der gesamte Aufrechnungstatbestand ausschließlich nach der lex fori zu beurteilen ist, ist in Theorie und Praxis des anglo-amerikanischen Rechts durchweg einheitlich vertreten[11]). Sie ist auch erklärlich, da in diesem Rechtsgebiet die Aufrechnung nicht als materiellrechtliches Institut, sondern, wie bereits angeführt, rein prozessual als ein Verteidigungsmittel ausgestaltet ist, eine Anwendung fremder Aufrechnungsregeln also eine Nichtanwendung des für den englischen oder amerikanischen Richter in erster Linie maßgebenden heimischen Prozeßrechts bedeuten würde. Dasselbe gilt für die compensation judiciaire des französischen Rechts, eine neben der compensation légale bestehende Aufrechnungsmöglichkeit durch richterliches Urteil[12]); auch hier wird die Maßgeblichkeit der lex fori einheitlich vertreten[13]). In Deutschland ist diese Ansicht in einer Entscheidung des OLG. Kassel vom 11. November 1910 zum Ausdruck gekommen[14]).

b) Besonders im deutschsprachigen Rechtskreise herrscht die Ansicht vor, daß der gesamte Aufrechnungstatbestand nach dem Rechte zu beurteilen ist, dem die Forderung, gegen die aufgerechnet wird, unterworfen ist. Sie findet ihre Begründung darin, daß das Erlöschen der Schuldverhältnisse und insbesondere ihre Erfüllung nach dem Rechte zu beurteilen ist, dem das Schuldverhältnis überhaupt unterworfen ist, und darin, daß die Aufrechnung nur eine besondere Art der Erfüllung ist. So sagt Meili: „Die Kompensation ist eine Art der Erfüllung einer Obligation. Grundsätzlich muß gesagt

[11]) Vgl. Westlake a. a. O. S. 339, 252. Weitere Literaturnachweise bei Dölle S. 37 Anm. 27.

[12]) Vgl. dazu Oertmann Aufrechnung im deutschen Zivilprozeßrecht S. 9, Crome-Zachariae I S. 388.

[13]) Vgl. Dölle a. a. O. S. 37 Anm. 27; Sacerdoti a. a. O. S. 58.

[14]) Rspr. OLG. Bd. 23 S. 14.

werden, daß das Recht, unter dem ein obligatorisches Verhältnis steht, auch für die Frage maßgebend ist, ob dieses Verhältnis noch fortwirke, oder z. B. durch Kompensation untergegangen ist“ [15]). Und Bar: „Eine Kompensation kann möglicherweise aus prozessualen Gründen unzulässig sein, im übrigen muß das Recht der Obligation entscheiden, deren Erfüllung durch die Kompensation ersetzt wird [16]). So hat auch das Reichsgericht für die Voraussetzungen der Aufrechnung dasjenige Gesetz für maßgebend erklärt, unter dessen Herrschaft die Forderung bzw. Schuld steht, deren Erlöschen durch Kompensation behauptet wird [17]). Ebenso hat in einer neueren Entscheidung das OLG. Frankfurt für die Voraussetzung der Aufrechnung, die Art ihrer Erklärung und ihre Wirkung das Recht zu Grunde gelegt, dem die Schuld des Aufrechnenden unterworfen war [18]). Außer Meili und Bar wird diese Ansicht noch vertreten von Böhm, Neumeyer, Frankenstein, Lewald, Staub, Jäger und Nußbaum [19]). Auch Walker stimmt ihr grundsätzlich zu [20]). Nach ihm soll das für das Schuldverhältnis maßgebende Recht darüber entscheiden, ob eine Aufrechnung die Erlöschung des Schuldverhältnisses bewirkt; er will aber die Voraussetzungen der einseitigen Aufrechnung und die Frage, ob die Aufrechnung nicht im einzelnen Falle wegen der Art der Forderung oder wegen der Art der Gegenforderung ausgeschlossen ist, nach der lex fori beurteilt wissen, weil die Voraussetzungen mit prozessualen Vorschriften in Zusammenhang stünden und die Aufrechnungsbeschränkungen in gewissen Fällen zwingenden Rechts seien. Ihm schließt sich Ehrenzweig an und hält das österreichische Recht für die Voraussetzungen und Wirkungen der Aufrechnungen gegen eine in Oesterreich geltend gemachte Forderung allein für maßgeblich [21]).

---

[15]) a. a. O. II S. 35.

[16]) Lehrbuch S. 118.

[17]) RG. Bd. 26 S. 67, 5 S. 130, RG. Niem. Zeitschr. 18 S. 549. Vgl. auch ROHG. Bd. 10 S. 229.

[18]) JW. 1924 S. 716. Früher schon OLG. Hamburg in Rspr. OLG. 31 S. 120 und OLG. Augsburg in Rspr. OLG. 36 S. 105. Weitere Entscheidungen bei Lewald Nr. 348.

[19]) Böhm Räumliche Herrsch. der Rechtsnormen S. 127; Neumeyer Int. Privatrecht S. 29; Frankenstein Int. Privatrecht II S. 274; Lewald, Int. Privatrecht Nr. 348; Staub-Koenige, Komm. zum HGB. Anhang zu § 372 Anm. 8; Jäger, Komm. z. K.O. Anm. 36 zu § 53 und Anm. 1 zu § 56; Nußbaum, Das Geld S. 227. Außerdem Meyer-Labastille, Aufrechnung im int. Privatrecht S. 147 ff.

[20]) a. a. O. S. 436 ff.

[21]) a. a. O. I 1 S. 101

c) Die dritte Ansicht, nach der das Recht des Landes maßgeblich sein soll, in dem sich der Aufrechnungstatbestand verwirklicht hat, wird in Frankreich vertreten[22]). Diese Auffassung beruht auf dem Gedanken der für das französische Recht vorwiegend vertretenen generellen Maßgeblichkeit der lex loci contractus. Für das Erlöschen der Schuldverhältnisse soll nach dieser Ansicht das Recht des Ortes maßgeblich sein, an dem der „fait libératoire" entstanden ist. So könne nur dann eine Novation eintreten, wenn die Neuforderung, die die alte ersetzen soll, nach dem Recht des Ortes gültig sei, an dem sie entstanden ist. Ebenso seien die Voraussetzungen der Aufrechnung — wie auch die der Konfusion — nach dem Rechte des Ortes zu beurteilen, an dem sie sich verwirklicht hätten, d. h. für die Aufrechnung nach dem Rechte des Ortes, wo der Gläubiger Schuldner seines Schuldners werde[23]). Hier wird also eine rechtsgeschäftliche Ursache der Kompensation aufgesucht und der ganze Kompensationstatbestand dem Rechte dieses Rechtsgeschäfts unterworfen.

d) Die Auffassung endlich, nach der die dem Aufrechnungsgegner günstigste Rechtsordnung entscheidend sein soll, weil dieser durch die Kompensation beschwert wird, wird von italienischer Seite vertreten.[24]). Sacerdoti geht davon aus, daß an sich beide Rechtsordnungen, denen die Forderungen unterworfen sind, in gleicher Weise für die Aufrechnung in Betracht kommen, weil die Aufrechnung das Erlöschen sowohl der einen wie der andern Forderung zur Folge habe. Um diese Schwierigkeit zu lösen, müsse man sich an die Rechtsregel halten, daß im Zweifel der Belastete begünstigt werde und dies sei der Aufrechnungsgegner.

2. Nach der andern Gruppe von Lehrmeinungen soll nicht eine Rechtsordnung, sondern beide Rechtsordnungen, denen die gegenüberstehenden Forderungen unterworfen sind, kumulativ über die Aufrechnung entscheiden. Diese Ansicht wurde besonders von Zitelmann[25]), auch teilweise in der Schweiz und Frankreich[26]) vertreten und ist neuerdings von Smoschewer[27]) und insbesondere von Dölle[28])

---

[22]) Vgl. Weiß IV S. 395 und die bei Dölle S. 36 Anm. 24 zit. Schriftsteller.

[23]) Vgl. Weiß IV S. 395 ff.

[24]) Sacerdoti im Journal Clunet 1893 S. 57 ff. und die bei Dölle S. 36 Anm. 26 genannten Schriftsteller.

[25]) Int. Privatrecht II S. 398.

[26]) Vgl. Dölle a. a. O. S. 38 Anm. 31 und 32.

[27]) JW. 1921 S. 1446.

[28]) a. a. O. S. 35 ff.

verteidigt worden. Nach Zitelmann ist für jede Vertragsobligation, wie bereits ausgeführt, das Personalstatut des Schuldners maßgeblich. Nach ihm entscheidet nun das Personalstatut des Aufrechnenden über die Wirkung, die auf die Verpflichtungen des Aufrechnenden gegenüber dem Aufrechnungsgegner hervorgebracht wird, über die auf das Forderungsrecht des Aufrechnenden selbst hervorgebrachte Wirkung nach ihrer näheren Gestaltung wie nach den Voraussetzungen hin aber ausschließlich das Personalstatut des Aufrechnungsgegners. Wenn nun, wie dies meistens der Fall sei, beide Wirkungen, das Erlöschen des einen wie des andern Forderungsrechts, untrennbar miteinander verbunden sind, so müßten zum Eintritt der Aufrechnungswirkungen sowohl die Voraussetzungen, welche das Personalstatut des Aufrechnenden wie die, welche das Personalstatut des Aufrechnungsgegners erfordert, verwirklicht sein.

Dölle geht gleichfalls davon aus, daß die Kompensation nicht nur die Hauptforderung, sondern auch die Gegenforderung zum Erlöschen bringt und meint, daß es willkürlich sei, den Kompensationstatbestand nur unter eine der Rechtsordnungen zu subsumieren, welche den Inhalt der in Betracht kommenden Obligationen beherrschen. Bei einem Tatbestand, an den als Rechtsfolge notwendig der Untergang zweier Ansprüche, niemals das Erlöschen eines Anspruchs unabhängig vom Schicksal des andern geknüpft sei, müsse für jeden von beiden die für seinen Inhalt entscheidende Rechtsordnung gesucht und geprüft werden, ob die Subsumtion des Tatbestandes unter diese das Erlöschen der Forderung rechtfertige. Nach ihm erlöschen sonach die Forderungen nur, wenn alle Tatbestandsmerkmale verwirklicht sind, die jedes Statut für die Aufrechnung fordert. Das finde auch Anwendung auf die Aufrechnungsbeschränkungen. Wenn also eine Forderung nach ihrem Recht aufrechnungsgeschützt, nach dem Recht der Gegenforderung aufrechenbar ist, so kann nach dieser Ansicht weder der eine noch der andere Teil aufrechnen. Ist die Art der Wirkung in beiden Rechten verschieden, hat z. B. im einen Recht die Aufrechnung rückwirkende Kraft, im andern nicht, so muß nach Dölle auch hier die beiden beteiligten Rechtsordnungen gemeinsame Wirkung eintreten. So dürfe bei einer abweichenden Regelung der beiden Rechtsordnungen in der Frage der Rückziehung nur ein Erlöschen ex nunc angenommen werden, da dies in dem Satze, daß die Forderung ex tunc untergehe, enthalten sei, soweit nicht dadurch die Kompensationswirkung eine völlig andere werde, als sie von der Rechtsordnung gedacht und gewollt war. In einem solchen Falle der Unvereinbarkeit der Wirkungen müsse die Kompensation ausgeschlos-

sen sein, wenn nicht auf irgend eine begründete Weise ein Ergebnis gefunden werde, daß beiden Statuten gerecht wird [29]).

III. Ueberprüft man die verschiedenen Ansichten, so begegnet die ausschließliche Anwendung der lex fori für das Rechtsgebiet, in dem die Aufrechnung nicht als prozessuales Verteidigungsmittel, sondern als materiellrechtliches Institut ausgebildet ist, denselben Bedenken wie die Beurteilung von Vertragsobligationen nach der lex fori. Da erst durch den Prozeß festgestellt werden könnte, nach welchem Rechte die Aufrechnung sich vollzieht, wären beide Teile solange über die Möglichkeit, die Art des Vollzugs und die Wirkung der Aufrechnung im ungewissen, bis ein Teil Klage erhoben hätte. Das bedeutet außer einer erheblichen Rechtsunsicherheit praktisch den Ausschluß einer Aufrechnung außerhalb des Prozesses, der mindestens dann nicht gerechtfertigt erscheint, wenn die beiden Rechtsordnungen, denen die Forderungen unterworfen sind, einen außerprozessualen Aufrechnungsvollzug kennen. Deshalb kann auch nicht die Ansicht Walkers befriedigen, der lediglich für die Voraussetzungen der einseitigen Aufrechnung und die Frage, ob die Aufrechnung nicht im einzelnen Falle wegen der Art der Forderung oder wegen der Art der Gegenforderung ausgeschlossen ist, die lex fori zu Grunde legen will. Die Voraussetzungen der Aufrechnung stehen nicht, wie Walker meint, mit prozessualen Vorschriften in Zusammenhang, wenn man von der nur für den anglo-amerikanischen Rechtskreis gegebenen richterlichen Kompensation absieht. Auch in den Ländern, in denen ipso iure kompensiert wird, bilden die Voraussetzungen für die Aufrechnung keinen Teil der Bestimmungen des gerichtlichen Verfahrens, sondern sind materiellrechtlicher Natur. Lediglich der Aufrechnungsvollzug kann prozessualer Natur sein. Die Frage aber, *wie* aufgerechnet werden soll, ist von untergeordneter Bedeutung gegenüber der Frage, ob überhaupt aufgerechnet werden kann. Und diese Frage nach dem Recht des Gerichtsorts zu beurteilen, erscheint nur dann begründet, wenn die Anwendung eines in Frage stehenden ausländischen Rechts kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung, also z. B. auf Grund des Art. 30 EGBGB. verboten ist. Die Anwendung der lex fori kann so im einzelnen Falle auf Grund der Vorbehaltsklausel eintreten. Es besteht aber keine Veranlassung, lediglich deshalb, weil in *gewissen* Fällen Aufrechnungsbeschränkungen zwingenden Rechts sind und deshalb das heimische Recht zur Anwendung kommen muß, *allgemein* die lex fori anzuwenden. Damit würden klare Ausnahmebestimmungen der Aufrechnung zum Prinzip erhoben werden.

[29]) a. a. O. S. 38.

Auch die Rechtsordnung des Landes, in dem die Aufrechnungslage sich verwirklicht hat, kann nicht entscheidend sein. Die hier zu Grunde liegende generelle Maßgeblichkeit der lex loci contractus beruht auf dem Gedanken, daß die Parteien sich freiwillig dem Rechte des Ortes, an dem sie die Verbindlichkeiten gründeten, unterwerfen wollten [30]). Die mehr oder weniger starke Begründetheit dieser Annahme mag hier dahingestellt bleiben. Denn jedenfalls kann nicht entfernt vermutet werden, daß die Parteien, wenn sie an einem bestimmten Orte kontrahieren, die Aufrechnung mit oder gegen die bereits bestehende Forderung auch nach dem Rechte beurteilt wissen wollen, dem sie sich nach ihrem vermeintlichen Willen in Ansehung der neuen Forderung unterwerfen. Ist die Aufrechnungslage mit der Entstehung der Gegenforderung eingetreten, so ist es demnach reine Willkür, den gesamten Aufrechnungstatbestand nach dem Rechte dieser Forderung zu beurteilen. Dieses Recht entscheidet nur darüber, ob und in welchem Umfang die Forderung überhaupt besteht. Aus ihm ist daher, genau so wie aus dem Statut der andern Forderung, für die Frage nach dem Bestand dieser Forderung lediglich ein für die Aufrechnung wesentliches Moment zu schöpfen. Ist aber die Aufrechnungslage nicht mit der Entstehung der Gegenforderung, sondern erst mit ihrer Fälligkeit eingetreten, so ist die Anwendung dieses Grundsatzes durch unüberbrückbare Schwierigkeiten illusorisch geworden [31]), da die Fälligkeit nur zeitliche, aber keine räumlichen Beziehungen hat.

Auch die Auffassung, nach der die für den Aufrechnungsgegner günstigste Rechtsordnung entscheidend sein soll, weil dieser durch die Kompensation beschwert sei, kann nicht befriedigen. Allein die Feststellung der günstigsten Rechtsordnung kann bei der dreifachen Gliederung des Kompensationstatbestandes nach Voraussetzung, Vollzug und Wirkung im Einzelfalle schon für den Richter mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein, wieviel mehr erst für die Parteien, denen es meist an den grundlegenden Kenntnissen der Aufrechnungsbestimmungen beider Rechtsordnungen fehlen wird. Eine einseitige außergerichtliche Kompensation ließe sich demnach nur selten vollziehen. Auch ist zu bedenken, weshalb der Aufrechnungsgegner im Vergleiche zu dem Fall, daß Forderung und Schuld demselben Rechte unterworfen sind, dann besser gestellt werden soll, wenn seine Schuld einem andern Rechte als seine Forderung unterworfen ist. Der Aufrechnungsgegner ist ausschließlich durch den Ver-

[30]) Vgl. Weiß IV S. 364.

[31]) Darauf weist auch Sacerdoti a. a. O. S. 59 hin.

lust seiner Forderung, nicht aber durch die Befreiung von seiner Schuld beschwert. Es läßt sich deshalb auch nicht rechtfertigen, die Interessenbeeinträchtigung abweichend von dem Rechte, dem seine Forderung unterworfen ist, zu beurteilen und dem Aufrechnungsgegner lediglich deshalb, weil er unter anderem Rechte schuldet, einen Vorteil zukommen zu lassen, der andern Gläubigern versagt ist.

So dürften nur die beiden für das deutsche Rechtsgebiet aufgestellten Meinungen übrig bleiben, wonach die Beurteilung des gesamten Aufrechnungstatbestandes auf der einen Seite nach dem Rechte der Forderung, gegen die aufgerechnet wird, auf der andern Seite nach den Rechtsordnungen der beiden Forderungen zusammen erfolgen soll. Beide Ansichten gehen von dem Grundsatz aus, daß das Erlöschen der Schuldverhältnisse nach dem Rechte zu beurteilen ist, dem sie an sich unterstehen. Dieser Grundsatz bildet den natürlichsten und zwanglosesten Ausgangspunkt für die Behandlung des Problems. Das Recht, dem eine Forderung unterworfen ist, beherrscht sie von ihrer Entstehung bis zu ihrem Ende. Gleichgültig nun, ob man die Aufrechnung als eine Befriedigung des Gegners (Befreiungstheorie) oder als eine Eigenbefriedigung des Aufrechnenden (Befriedigungstheorie) oder sowohl als Eigenbefriedigung des Aufrechnenden wie als Befriedigung des Aufrechnungsgegners ansehen will [32]), in jedem Falle enthält die Aufrechnung einen Eingriff in die gläubigerischen Interessen des Aufrechnungsgegners. Der Gläubiger soll nicht das bekommen, was er zu beanspruchen hat, sondern lediglich Befreiung von einer Schuld. Seine Forderung soll untergehen, ohne daß erfüllt wird. Ob dies aber möglich ist, kann nur nach dem Rechte beurteilt werden, dem seine Forderung untersteht. Denn diese Rechtsordnung bestimmt über das Erlöschen und damit auch darüber, wie die Forderung anders als durch Erfüllung untergehen kann. Zweifellos sollen nun durch die Aufrechnung beide Forderungen erlöschen. Das ist aber noch kein Grund, deshalb beide Rechtsordnungen kumulativ für den gesamten Aufrechnungstatbestand zum Zuge kommen zu lassen. Denn die beiden Erlöschenswirkungen sind nicht in gleicher Weise und vor allem nicht als zwei selbständige, von einander unabhängige Tatsachen zu beurteilen, für die die Rechtsordnungen jeder Forderung zu Rate gezogen werden müßten. Die Forderung des Aufrechnenden erlischt mit seinem Willen im Dienste des Aufrechnungsvorgangs, ihre Tilgung ist abhängig von der Tilgung seiner Schuld, die er auf andere Weise als durch Erfüllung nur nach Maßgabe

[32]) Vgl. unten § 8, I Anm. 1.

der Rechtsordnung vornehmen kann, die seine Beziehungen als Schuldner zu seinem Gläubiger regelt. Dabei kann ganz gleichgültig sein, ob die Tilgung seiner Schuld durch Aufrechnung auch dann statthaft ist, wenn die Forderung, gegen die aufgerechnet wird, demselben Rechte wie die Eigenforderung des Aufrechnenden unterworfen wäre. Der Interessenschutz des Aufrechnungsgegners in seiner Eigenschaft als Gläubiger reicht nur so weit, als er durch das für seine Forderung anzuwendende Recht umgrenzt ist. In seiner Eigenschaft als Schuldner aber ist der Aufrechnungsgegner durch die Aufrechnung nicht beschwert. Er hat deshalb auch kein schutzwürdiges Interesse, durch die kumulative Anwendung beider Rechtsordnungen so behandelt werden, wie wenn seine Forderung demselben Rechte wie seine Schuld und seine Schuld demselben Rechte wie seine Forderung unterworfen wäre. Ebenso kann der Schuldner nicht deshalb schlechter gestellt sein, weil seine Forderung, die er aufopfern will, um nicht zahlen zu müssen, einem andern Rechte als seine Schuld unterstellt ist.

Wenn man für die Frage, welche Rechtsordnung über die Aufrechnung entscheiden soll, von der Wirkung der Aufrechnung ausgeht, so darf man dabei nicht übersehen, daß das Erlöschen der Forderung des Aufrechnungsgegners auf einen fremden Eingriff, das Erlöschen der Forderung des Aufrechnenden aber auf eigener, gewollter Rechtshandlung beruht. Das ist wesentlich. Denn der Wille des Aufrechnenden, die gegnerische Forderung anders als durch Erfüllung zu tilgen, ist durch die Vorschriften der Rechtsordnung beschränkt, der er in seiner Eigenschaft als Schuldner untersteht. Dem Willen des Aufrechnenden aber, seine eigene Forderung selbst zu „tilgen", d. h. aufzuopfern, sind keine Schranken gesetzt [33]). Es erscheint deshalb mindestens für die Voraussetzungen der Aufrechnung sinnlos, ihnen die Rechtsordnungen beider Forderungen zu Grunde zu legen. Gerade deshalb, weil an die Aufrechnung notwendig der Untergang zweier Ansprüche, niemals das Erlöschen eines Anspruchs unabhängig vom Schicksal des andern geknüpft ist, erscheint eine Gesetzeskumulation nicht gerechtfertigt. Die Aufrechnung ist ein Rechtsinstitut „zusammengesetzter Natur". Bei derartigen Rechtsinstituten, sagt Kahn mit Recht, liegt es doch klar zu Tage, „daß sie auch für das internationale Privatrecht überall eine Ein-

[33]) So sagt auch Nußbaum (Das Geld S. 227): „Wenn der Schuldner selbst bereit ist, seine Gegenforderung im Wege der Aufrechnung aufzuopfern, so ist das Erlöschen seiner Forderung jedenfalls durch seine Willenserklärung gedeckt und es besteht kein Anlaß mehr nachzuprüfen, ob die Forderung auch gegen seinen Willen durch einseitige Erklärung des andern Teils aus der Welt geschafft werden könne."

heit bilden müssen, der notwendigen Streitgenossenschaft des Zivilprozesses vergleichbar. Notwendig ist, das ganze Verhältnis einem Rechte zu unterwerfen, wenn man auch für die einzelnen Bestandteile, jeden für sich allein betrachtet, zu einem verschiedenen „Sitze" gelangen würde; man bestimmt in solchen Fällen den Sitz des Rechtsinstituts nach demjenigen seiner Bestandteile, auf dessen Seite der Schwerpunkt des Ganzen zu liegen scheint" [34]). Bei der Aufrechnung liegt dieser Schwerpunkt aber unbestreitbar auf der Forderung, gegen die aufgerechnet wird. Deshalb bestimmt auch ihre Rechtsordnung, ob aufgerechnet werden kann.

Nach der Kumulationstheorie könnte z. B. ein Verwahrer, der unter deutschem Recht schuldet, gegen die actio depositi directa unter allen sonstigen Voraussetzungen dann nicht aufrechnen, wenn seine Eigenforderung dem österreichischen, französischen, schweizerischen oder italienischen Rechte untersteht, da alle diese Rechtsordnungen die Aufrechnung gegen einen derartigen Anspruch ausschließen [35]). Selbst Dölle muß dieses Ergebnis zunächst als befremdend bezeichnen [36]). Es ist auch unannehmbar, denn lediglich das deutsche Recht kann darüber bestimmen, ob sich der ihm unterstehende Gläubiger in diesem Fall durch Aufrechnung abspeisen lassen muß. Ob dies auch der Fall wäre, wenn seine Forderung einer anderen Rechtsordnung unterworfen ist, kann dabei ganz gleichgültig sein.

Aber nicht nur für die Voraussetzungen, sondern auch für den Vollzug und die Wirkung der Aufrechnung muß das Recht der Forderung entscheidend sein, gegen die aufgerechnet wird. Für den Aufrechnungsvollzug ist dies selbstverständlich, denn die Rechtsordnung, die darüber entscheidet, ob aufgerechnet werden kann, entscheidet notwendigerweise auch darüber, wie aufgerechnet wird [37]). Ausschließlich nach ihr bestimmt sich aber auch die Wirkung der Aufrechnung hinsichtlich beider Forderungen [38]). Denn durch sie wird der Auf-

[34]) Kahn, Abhandl. z. Intern. Privatrecht Bd. 1 S. 97. Offenbar aus ähnlichen Erwägungen heraus will Neuner sogar bei gegenseitigen Verträgen das Recht des Erfüllungsorts der Sachleistung für beide Forderungen maßgeblich sein lassen, weil eigentlich nur bei der Sachleistung der Ort des Vollzugs von Wichtigkeit sei. Vgl. Zeitschr. für ausl. und intern. Privatrecht 1928 S. 132.

[35]) Oesterr. ABGB. §§ 1440, 1109. Franz. c.c. Art. 1293. Schweiz. Obligationenrecht Art. 125. Ital. c.c. Art. 1289, 2.

[36]) a. a. O. S. 40.

[37]) Vgl. auch Frankenstein II S. 267, Lewald Nr. 346.

[38]) Lewald Nr. 346. Nach Frankenstein II S. 267 soll, obgleich das Schuldstatut des Aufrechnenden ausschließlich über die Aufrechnung bestimmen soll, die Frage, ob die Aufrechnung auch den Untergang der zur Aufrechnung gestellten Forderung zur Folge hat, sich lediglich nach

rechnende in seinem Tilgungswillen auch nach dem Wirkungsumfang der Aufrechnung beschränkt. Der Aufrechnende kann — einseitig — mit keinen andern Wirkungen seine Schuld zum Erlöschen bringen, als es die Rechtsordnung, der er als Schuldner untersteht, zuläßt. Daß dabei möglicherweise *seine* Forderung in einem andern Umfang im Vergleiche zu dem Fall erlischt, daß er als Schuldner demselben Rechte unterstehen würde wie als Gläubiger, kann keine Rolle spielen. Denn was seine Forderung anbelangt, so ist ihre mit der Aufrechnung verbundene Aufopferung als solche nicht durch die für sie maßgebliche Rechtsordnung beschränkt. Auch für die Wirkung der Aufrechnung besteht keine Veranlassung, den Schuldner oder Gläubiger lediglich deshalb besser oder schlechter zu stellen, weil die Forderung, mit der aufgerechnet wird, einem andern Rechte unterworfen ist.

Zuzugeben ist, daß für den Fall, daß eine Rechtsordnung die Rückwirkung kennt, die andere nicht, der Erlöschensumfang nach der Person des Aufrechnenden verschieden sein kann. Das ändert aber an der Maßgeblichkeit der Rechtsordnung der Forderung, gegen die aufgerechnet wird, nichts. Denn kein Teil muß ja aufrechnen. Wenn aber ein Teil aufrechnen will, dann muß er sich auch gefallen lassen, daß er seine Forderung in dem Umfange verliert, als die Rechtsordnung, die ihm die Vergünstigung der Aufrechnung überhaupt gegeben hat, es vorsieht. Zudem ist ja die Verschiedenheit des Erlöschungsumfangs nach der Person des Aufrechnenden keine besondere Erscheinung. Sie begegnet auch dann, wenn beide Forderungen demselben, z. B. dem deutschen Recht unterworfen sind. Denn hier ist, wenn für jeden der Beteiligten die Aufrechnungslage zu verschiedenen Zeitpunkten entstanden ist, auch die Rückwirkung und damit der Erlöschungsumfang je nach der Person des Aufrechnenden verschieden [39]).

Wenn sich sonach das Erlöschen der Forderung, mit der aufgerechnet wird, in Wirklichkeit nicht nach ihrem eigenen Rechte, sondern nach den Aufrechnungsbestimmungen der Rechtsordnung der gegnerischen Forderung richtet, so liegt darin nur ein scheinbarer

---

dem Statut des Gläubigers richten, der ja für diese Forderung Schuldner sei. Das ist nicht verständlich, da Frankenstein ausdrücklich die Kumulationstheorie ablehnt; das Erlöschen der beiden Forderungen kann damit nicht nach jeder der beiden Rechtsordnungen für sich beurteilt werden. Hat der Aufrechnende durch den Aufrechnungsvorgang nach dem Rechte seiner Schuld einen bestimmten Teil seiner Forderung eingebüßt, so muß es notwendigerweise dabei bleiben, denn mit einer Aenderung würde auch in das maßgebliche Aufrechnungsrecht eingegriffen werden.

[39]) Vgl. unten § 13 IV.

Widerspruch zu dem als Ausgangspunkt aufgestellten Satze, daß die Rechtsordnung, der eine Forderung unterworfen ist, sie von ihrer Entstehung bis zu ihrem Ende beherrsche. Denn es handelt sich hier lediglich um einen Grundsatz, der auch sonst Ausnahmen erfahren hat[40]), und der nicht seiner selbst willen schlechthin zur Anwendung kommen kann.

Dölle hat die Kumulationstheorie auch mit dem Hinweis zu verteidigen versucht, daß bei ausschließlicher Anwendung der Rechtsordnung der Forderung, gegen die aufgerechnet wird, die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen sehr nahe liegen würde[41]). So, wenn ein Schweizer gegen einen Franzosen vor einem deutschen Gericht eine Forderung geltend mache, deren Inhalt vom französischen Recht beherrscht werde, und der Beklagte mit seiner dem schweizerischen Recht unterstehenden Forderung aufrechne, wobei im gegebenen Falle die Aufrechnung nach schweizerischem Recht ausgeschlossen, nach französischem Recht aber möglich sei. Wenn nun gleichzeitig der Franzose die Gegenforderung in einem selbständigen Prozesse einklage, in dem der Schweizer mit der Klagforderung aufrechne, so würde bestenfalls das Statut derjenigen Klagforderung in beiden Prozessen entscheiden, über die zuerst rechtskräftig erkannt wird. Ferner würde in diesem Fall, wenn zunächst der Franzose einklage und ein obsiegendes Urteil erlange, und hierauf der Schweizer Klage erhebe, der Franzose durch Aufrechnung Klagabweisung und Kostenverurteilung des Gegners erzielen. Bei der kumulativen Anwendung aber würde in jedem Fall die Aufrechnung ausgeschlossen und der Anspruch des Klägers als gerechtfertigt erklärt werden müssen. Diese Erwägungen können aber nichts für die Kumulationstheorie beweisen. Ist nach der einen Rechtsordnung die Aufrechnung ausgeschlossen, nach der andern nicht, so liegt der Fall praktisch gesehen nicht anders, als wenn sonst nur ein Teil, z. B. weil seine Forderung erst erfüllungsfällig oder mit einer Einrede behaftet ist, oder weil für

[40]) So ist man sich wohl darüber einig, daß für die Modalitäten der Erfüllung im Zweifel anzunehmen ist, daß die Parteien sich den am Orte der Erfüllung bestehenden Gebräuchen und Gesetzen unterworfen haben (v. Bar II S. 88). Ferner kommt bei der Erfüllung von Geldschulden für die Frage, durch welche Geldzeichen die Währungseinheit dargestellt wird, und inwieweit die Geldzeichen der Währung angenommen werden müssen, nur das Recht des Staates in Betracht, um dessen Währung es sich handelt, ohne Rücksicht darauf, ob das Schuldverhältnis dem Recht des Heimatstaates der Währung untersteht (bestritten). Vgl. unten § 5; IV bei Anm. 20.

[41]) a. a. O. S. 38 f.

den andern Teil eine Aufrechnungsbeschränkung Platz greift, aufrechnen kann. Und hier können sich auch genau so abweichende Entscheidungen bei einem Doppelprozeß ergeben. Diese Möglichkeiten vermögen also für die Aufrechnung im internationalen Privatrecht, da sie keine Sondererscheinungen sind, nichts erbringen. Zu all dem kommt noch, daß die kumulative Anwendung zweier Rechtsordnungen, ganz abgesehen davon, daß diese eine außerprozessuale Aufrechnung so gut wie unmöglich machen würde, schon technisch mit ganz erheblichen Schwierigkeiten verknüpft ist. Bei den Voraussetzungen für die Aufrechnung zeigt sich das dann, wenn die beiden Rechtsordnungen, wie es meistens der Fall sein wird, in den begrifflichen Bestimmungen von besonderen Forderungseigenschaften wie Fälligkeit, Pfändbarkeit etc. von einander abweichen. Die Ansicht von Dölle, daß hier die Subsumtion des Kompensationstatbestandes unter jede der beiden Rechtsordnungen auf jedes einzelne seiner Tatbestandsmerkmale zu erstrecken sei[42]), bringt keine Lösung. Ebenso ungeklärt bleibt die nähere Ausführung der Kumulation bei der Wirkung der Aufrechnung, wenn z. B. das eine Recht die Rückwirkung kennt, das andere nicht. Die Lösung, daß dann immer eine Wirkung ex nunc eintrete, hat Dölle selbst nicht für durchweg ausführbar gehalten. Er will, soweit keine Lösung möglich ist, die Aufrechnung überhaupt ausschließen. — Die beste Beweisführung dafür, daß die kumulative Anwendung der beiden Rechtsordnungen eben für die Aufrechnung nicht geeignet ist.

§ 3.

Einzelprobleme.

Wenn nun nach der hier verteidigten Auffassung die Rechtsordnung der Forderung, gegen die aufgerechnet wird, oder prozessual ausgedrückt, die Rechtsordnung der Forderung, deren Erlöschen im Prozeß durch Aufrechnung geltend gemacht wird, für die Aufrechnung maßgeblich ist, so können sich noch auf Grund spezieller Rechtslagen besondere Probleme ergeben.

I. Zunächst kann angesichts einer zwingenden Aufrechnungsbeschränkung des inländischen Rechts (vgl. §§ 393, 394 BGB.) die Frage auftauchen, ob das an sich für die Aufrechnung maßgebliche fremde Recht, das diese Aufrechnungsbeschränkungen nicht kennt, vom deutschen Richter in dem Fall anzuwenden ist, daß durch die

[42]) a. a. O. S. 42.

Anwendung des fremden Rechts gegen ein derartiges Aufrechnungsverbot verstoßen würde. Es handelt sich hier also um die Frage der Anwendung des Art. 30 EGBGB. bei der Aufrechnung. Voraussetzung für die Anwendung der Vorbehaltsklausel ist, daß die Anwendung des ausländischen Gesetzes gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde. Ein Zweckverstoß ist nun nur dann anzunehmen, wenn der Unterschied zwischen den staatspolitischen und den sozialen Anschauungen, auf denen das im konkreten Falle maßgebende Recht des Auslands und das davon abweichende Recht des Inlands beruhen, so erheblich ist, daß die Anwendung des ausländischen Rechts direkt die Grundlagen des deutschen staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens angreifen würde [1]).

Ein derart erheblicher Unterschied wird wohl dann vorliegen, wenn nach dem maßgeblichen fremden Rechte die Aufrechnung gegen eine in Frage stehende unpfändbare Forderung zulässig wäre. Wie eingangs erwähnt wurde, kennt das österreichische Recht keinen Ausschluß der Aufrechnung gegen unpfändbare Forderungen. Die Aufrechenbarkeit soll das vom Gesetzgeber vorausgesetzte unentbehrliche Gegengewicht gegenüber der Unpfändbarkeit bilden [2]). Bei Lohnforderungen wird nur eine Anlehnung an das schweizerische Recht in Erwägung gezogen, wonach die Aufrechnung gegen Lohnguthaben, die zum Unterhalt des Gläubigers und seiner Familie unbedingt erforderlich sind, ausgeschlossen ist (Art. 125 Ö.R.); das Gesetz selbst enthält, abgesehen von einzelnen Spezialfällen, kein Aufrechnungsverbot [3]). Zweck des § 394 BGB. aber ist es, den allgemeinen sozialen und wirtschaftspolitischen Anschauungen, die zur Unpfändbarkeit bestimmter Forderungen geführt haben, auch im Aufrechnungsrecht die natürliche Geltung zu verschaffen. Diese rechtspolitischen Gesichtspunkte würden durch die Anwendung des österreichischen Rechts vereitelt werden. Deshalb dürfte auch auf Grund der Vorbehaltsklausel die Aufrechnungsbeschränkung des § 394 BGB. Platz greifen [4]).

Dagegen wird wohl kaum bei einer Abweichung des fremden Rechts von der Beschränkung des § 393 BGB. die Anwendung der Vorbehaltsklausel ohne weiteres gerechtfertigt sein [5]). Diese

[1]) RG. Bd. 60 S. 296, Bd. 73, S. 369, Bd. 93, S. 182, Bd. 110, S. 175. Bd. 119, S. 263. Vgl. auch Niemeyer S. 96 u. Lewald Nr. '29.
[2]) Vgl. Ehrenzweig II, 1 § 348 4 m.
[3]) Vgl. Ehrenzweig II, 1 § 348 4 c und oben S. 13 Anm. 9.
[4]) Ebenso Meyer-Labastille S. 172.
[5]) a. A. Meyer-Labastille S. 172.

Beschränkung hat einmal einen unverkennbaren privatrechtlichen Pönalzweck, dann ist sie auch vorbeugender Natur: ein Gläubiger soll sich nicht ein Kompensationsobjekt dadurch beschaffen können, daß er dem andern durch eine unerlaubte Handlung einen Schaden zufügt [6]). Hat der Gläubiger lediglich die unerlaubte Handlung zu dem Zweck begangen, um sich auf diese Weise für seine Forderung zu befriedigen, so würde die Zulässigkeit der Aufrechnung eine den allgemeinen Grundlagen und Anschauungen der Rechtsordnung entgegenstehende Ordnungswidrigkeit bedeuten. Eine Anwendung des hier die Aufrechnung zulassenden fremden Rechts wäre durch Art. 30 EGBGB. zu verhindern. Ist aber dieser Zweck mit der vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung nicht verbunden, ist z. B. der Schadensstifter erst nach der Tat Gläubiger des Verletzten geworden, so dürfte sich eine Zulässigkeit der Aufrechnung nicht unmittelbar gegen die „Grundlagen des deutschen staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens" wenden, da der Pönalzweck im BGB. wohl kaum eine allgemeine rechtspolitische Bedeutung erlangt hat. Eine Anwendung der Vorbehaltsklausel in diesem Falle dürfte sich m. E. wohl kaum rechtfertigen lassen.

II. Im französischen Recht ist in Art. 1291 c. c. als Voraussetzung für die Aufrechnung die Liquidität der Aufrechnungsforderung noch enthalten. Während im Gebiete des gemeinen Rechts das Erfordernis der Liquidität nach weitaus herrschender Ansicht einen wesentlich prozeßrechtlichen Inhalt hatte [7]), ist hier im code civil die Liquidität mit der Bedeutung eines materiellen Erfordernisses ausgestattet [8]). An sich müßte also deshalb, wenn die Forderung, gegen die aufgerechnet wird, dem französischen Recht untersteht, dieses Erfordernis auch vom deutschen Richter beachtet werden. Die im französischen Recht bestehende Möglichkeit, durch eine demande reconventionelle (Widerklage) die Liquidität herbeizuführen [9]), ist eine fremde Verfahrensregel, die den deutschen Richter nicht bindet. Dennoch aber wird man mit Dölle [10]) sagen können, daß es dem deutschen Richter nicht versagt ist, dem Beklagten Gelegenheit zu geben, seine Gegenforderung in derselben Weise liquide zu machen und damit ein Ergebnis herbeizuführen, das im gegebenen Fall der Billigkeit entspricht.

[6]) Vgl. Mugdan, Materialien Bd. 2 S. 62.

[7]) Vgl. Oertmann Aufrechnung im deutschen Zivilprozeßrecht S. 79.

[8]) Oertmann daselbst S. 80.

[9]) Vgl. Oertmann daselbst S. 9; Dölle S. 43; Crome-Zachariae I S. 388.

[10]) a. a. O. S. 43 ff.

III. Ein weiteres Problem entsteht dann, wenn die Forderung, gegen die aufgerechnet wird, dem englischen oder amerikanischen Rechte untersteht, das die einseitige Aufrechnung überhaupt nur prozeßrechtlich geregelt hat, und sie nur in der Form eines Verteidigungsmittels des Beklagten im Rechtsstreit kennt. Die Kompensation wird erst durch das richterliche Urteil herbeigeführt. Voraussetzung ist, daß der Beklagte das Verteidigungsmittel in ordnungsmäßiger Form vorgebracht hat. Gegenseitigkeit und Liquidität der Forderungen sind ebenfalls erforderlich. Außerhalb des Prozesses ist eine Aufrechnung nur durch Vertrag möglich[11]). Wie bei allen Rechtsordnungen, die nur einen prozessualen Aufrechnungsvollzug kennen, ist, wenn die Forderung, gegen die aufgerechnet werden soll, einem derartigen Rechte untersteht, auch hier in Durchführung des verteidigten Prinzips der außergerichtliche einseitige Aufrechnungsvollzug ausgeschlossen.

Wie steht es aber im Prozesse? Das an sich maßgebliche englische oder amerikanische materielle Recht enthält keine Aufrechnungsbestimmungen. Seine prozeßrechtlichen Normen sind für den deutschen Richter nicht bindend. Das deutsche Prozeßrecht, das jedenfalls zum Zuge kommt, enthält keinen Ersatz, da es nur einzelne Verfahrensregeln über die Behandlung der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen[12]), aber nichts über Voraussetzung, Vollzug und Wirkung der Aufrechnung enthält. Sicher ist, daß aus dem Umstand, daß das englische oder amerikanische materielle Recht über die Aufrechnung schweigt, nicht der Schluß gezogen werden kann, daß eine Aufrechnung deshalb überhaupt nicht möglich ist. Das Reichsgericht hat allerdings in einem ähnlich gelagerten Fall in der Tat einen derartigen Schluß gezogen. Wie die Aufrechnung, so ist auch die Verjährung im anglo-amerikanischen Recht kein materiell-rechtliches Institut, sondern lediglich ein prozessualer Behelf, dessen Geltendmachung nicht den Anspruch vernichtet, sondern nur zur Abweisung der Klage führt ähnlich wie auf die Einrede der Unzuständigkeit hin[13]). Es wurde nun in mehreren Fällen vor deutschen Gerichten aus amerikanischen Eigenwechseln geklagt, gegen die der Beklagte Verjährung geltend machte. Das Reichsgericht verwarf die Einrede, weil das deutsche Verjährungsgesetz nicht auf eine Forderung anzuwenden sei, welche ihm nach den Grundsätzen des deutschen Rechts nicht unterliege, die amerikanischen pro-

[11]) Vgl. Dölle S. 34.

[12]) Vgl. §§ 145, 302, 322, 529, ZPO.

[13]) Frankenstein I S. 595, II S. 274 f.

zessualen Bestimmungen aber für die deutschen Gerichte nicht existieren[14]).

Kahn faßt diese Fälle unter den Begriff des negativen Gesetzeskonflikts und sieht in der Auffassung des Reichsgerichts die Anerkennung eines Gesetzesvakuums, das nach seiner Ansicht aber in Wirklichkeit nicht besteht. Denn jedes Recht sei ein Ganzes und nur als solches vom Gesetzgeber gedacht: ein Organismus, bestehend aus funktionierenden Gliedern, nicht ein Mechanismus, dessen Teile sich beliebig auseinander nehmen lassen. Es gebe kein amerikanisches Recht, nach welchem die Wechsel unverjährbar seien. Stelle man ein solches dadurch her, daß man die Verjährungsnormen als prozessuale abtrennt, und glaube man nun die Frage der Verjährung nach dem übrigbleibenden materiellen Recht überhaupt beantworten zu können, so sei das widersinnig. Der verstümmelte Rumpf müsse die Funktion versagen, welche gerade das abgehauene Glied im Organismus auszuüben berufen war[15]).

Diese Erwägungen scheinen mir auch für das genau gleichgelagerte Aufrechnungsproblem den richtigen Weg zu weisen. Frankenstein nimmt an, daß das amerikanische Recht, dem der Beklagte angehört, ihn durch „sekundäre Anknüpfung" hinsichtlich der Verjährungseinrede ebenso wie auch der Aufrechnung dem Rechte des jeweiligen Prozeßgerichts unterwerfe[16]). Wenn das amerikanische Recht für das Rechtsverhältnis maßgebend sei, müsse man auch in den Begriffen des amerikanischen Rechts denken. Werde der Beklagte vor deutschen Gerichten in Anspruch genommen, so könne er sich nach amerikanischer Auffassung vor den deutschen Gerichten mit demjenigen Verjährungseinwand verteidigen, dem das am Gerichtssitz maßgebende deutsche Recht ihm gewährt[17]). Dieser Schluß dürfte aber wohl kaum aus den anglo-amerikanischen Aufrechnungsbestimmungen gezogen werden können. Frankenstein impliziert ihnen hier die Bedeutung einer Grenznorm, die sicher an sich schon wie nach ihrem Inhalt dem amerikanischen oder englischen Gesetzgeber fern gelegen hat. Wenn man die Wahl hat, einen Tatbestand materiell- oder prozeßrechtlich zu regeln und sich für die prozessuale Regelung entschließt, so kann doch hieraus nicht die Anweisung ent-

[14]) RG. Bd. 2 S. 13 ff., 7 S. 21 ff., 24 S. 393. In JW. 1911 S. 148 hat das RG. diesen Standpunkt wieder verlassen und das amerikanische Verjährungsrecht, ohne auf seine prozessuale Natur einzugehen, für anwendbar erklärt.

[15]) Abhandlungen zum Intern. Privatrecht I S. 103 ff.

[16]) a. a. O. I S. 277, II S. 274.

[17]) a. a. O. I S. 277.

nommen werden, daß der ausländische Richter bei Beurteilung desselben und demselben Rechte unterliegenden Tatbestand in Ermanglung entsprechender prozessualer Regelung sein eigenes materielles Recht anwenden soll. Diese Unterstellung müßte den englischen oder amerikanischen Gesetzgeber notwendig in den Verdacht bringen, daß er mit der prozessualen Regelung bewußt die Fürsorge der seinem Rechte Angehörigen oder Unterworfenen hinsichtlich dieser Punkte auf den Umfang seiner Gerichtshoheit beschränken wollte — eine wohl kaum begründete Annahme. Sowohl das englische wie das amerikanische Recht kennt die Aufrechnung. Daß ihre Regelung mit andern Bestimmungen zusammen getroffen wurde, die sonst für den deutschen Richter nicht maßgeblich sind, kann weder die Anwendung des eigenen Rechts noch die Ignorierung des fremden Aufrechnungsrechts begründen. Das fremde Aufrechnungsrecht kommt gleichgültig, in welchem Teil seiner Rechtsordnung es geregelt ist, zur Anwendung, selbstverständlich aber nur insoweit, als das heimische Prozeßrecht nicht entgegen steht. So bleibt für die Voraussetzungen der Aufrechnung das englische oder amerikanische Recht maßgeblich. Für die Art der prozessualen Geltendmachung kann nur das deutsche Prozeßrecht zuständig sein, genau so, wie wenn die Hauptforderung irgend einem andern fremden Rechte unterworfen wäre. Ueber die materiellrechtliche Wirkung entscheidet aber wiederum nur das englische oder amerikanische Recht. Freilich hat der deutsche Richter nicht die Macht, die beiden Forderungen durch Urteil zum Erlöschen zu bringen. Aber er kann die fremden Aufrechnungsregeln sinn- und zweckentsprechend anwenden und die Klage insoweit abweisen, als dies nach dem maßgeblichen Rechte begründet erscheint. Hat z. B. der Beklagte nach Geltendmachung der Aufrechnung bezahlt, so hat der deutsche Richter aus diesem Grund und nicht etwa auf Grund der Aufrechnung, die für die Parteien bis zum Urteil ohne materiellrechtliche Wirkung bleibt, die Klage abzuweisen. Will er aber auf Grund einer Aufrechnung abweisen, so kann er dies in dem Umfange, als es der englische oder amerikanische Richter in seinem Urteil aussprechen würde.

Dölle ist allerdings zu einem ganz andern Ergebnis gekommen: nach ihm soll der deutsche Richter der Behauptung, daß die dem englischen Recht unterworfene Klagforderung durch Kompensation erloschen sei, nur dann folgen können, wenn ein die Aufrechnung aussprechendes Urteil vorhanden sei [18]). Diese Auffassung ist die letzte Konsequenz der hier abgelehnten Kumulationstheorie. Sie

[18]) Dölle S. 38.

ist auch praktisch unannehmbar, liegt doch im Wesen der gleich wie geregelten Aufrechnung die Tendenz der Vermeidung von Doppelprozessen. —

Die bisher gefundenen Ergebnisse lassen sich dahin zusammenfassen: Ueber die Aufrechnung entscheidet immer die Rechtsordnung der Forderung, gegen die aufgerechnet wird, gleichgültig, ob diese Rechtsordnung die Aufrechnung prozeß- oder materiellrechtlich regelt. Schranken können sich nur auf Grund der Vorbehaltsklausel und der heimischen Prozeßnormen ergeben. Untersteht die Forderung, gegen die aufgerechnet werden soll, dem deutschen Recht, so kommen die Bestimmungen der §§ 387 ff. BGB. zum Zuge. Untersteht sie einem fremden Recht, so kommen dessen Aufrechnungsregeln zur Anwendung.

Im folgenden ist nun zu untersuchen, wie sich die Aufrechnung von Geldforderungen verschiedener Währung vollzieht. Dabei soll in erster Linie vom deutschen Recht ausgegangen werden und der Fall zu Grunde gelegt werden, daß beide Forderungen dem deutschen Recht unterworfen sind, weil damit auch die Möglichkeit einer einheitlichen Betrachtung eines beiderseitigen Aufrechnungsrechts gegeben ist. Die hierbei gefundenen Ergebnisse lassen sich dann ohne Schwierigkeit auf den Fall anwenden, daß lediglich die Forderung, gegen die aufgerechnet wird, dem deutschen Rechte angehört.

II. Abschnitt.

Die Aufrechnung von Heimwährungs- und Fremdwährungsforderungen nach deutschem Recht.

1. Kapitel:

Die beiden sich gegenüber stehenden Forderungen.

§ 4.

Die Leistungsobjekte.

Wie die Heimwährungsforderung auf Leistung von Geldzeichen der heimischen Währung, so geht die Fremdwährungsforderung auf Leistung von Geldzeichen einer fremden Währung. Beide haben eine Sachleistung zum Inhalt, deren gemeinsames Merkmal die Uebereignung von Geld ist.

I. Das Geld ist Träger einer Anzahl wirtschaftlicher Funktionen, von denen die des allgemeinen Tauschmittels die Grundfunktion bildet[1]). Die auf der Tauschmitteleigenschaft beruhende allseitige Verwendungsmöglichkeit des Geldes bringt es mit sich, daß es zum Leistungsgegenstand vieler Verbindlichkeiten, seien es willkürlich eingegangener oder zwangsmäßig auferlegter, gemacht wird, und daß es in bestimmten Fällen einen ursprünglich geschuldeten Gegenstand ersetzen kann. Bei der Erfüllung solcher Verbindlichkeiten erscheint das Geld in seiner Funktion als allgemeines Zahlungsmittel. Die Tauschmitteleigenschaft des Geldes hat weiterhin zur Folge, daß der Wert der Verkehrsobjekte zwar nicht durch das Geld, aber regelmäßig in Geld bemessen wird[2]). In ihm findet der Wert der Verkehrsobjekte seinen rechnungsmäßigen Ausdruck. In dieser Beziehung hat das Geld die Funktion eines allgemeinen Wertmessers. Endlich gibt die Tauschmitteleigenschaft dem Gelde die Befähigung, Wertbewahrungs- und Werttransportmittel, sowie Vermittler des Kapitalverkehrs zu sein[3]).

II. Dieser Einheit der Funktionen steht eine Vielheit der Erscheinungsformen des Geldes gegenüber, die sich in erster Linie in die Gruppen des inländischen und des ausländischen Geldes gliedern. Es gibt kein „Weltgeld". Wie für das Maß- und Gewichtswesen, so war auch für das Geldwesen schon sehr früh im Interesse eines geordneten Wirtschaftsverkehrs eine obrigkeitliche Regelung unerläßlich. Seit dem Auftreten der Münze erscheint die Schaffung von Geld als ausschließliches Recht der Staatsgewalt[4]). Die erfolgreiche staatliche Regelung des Geldwesens unter einheitlichen Gesichtspunkten, insbesondere unter Ausschließung des Umlaufs staatsfremden Geldes ist aber erst eine Errungenschaft der neueren Zeit. Sie beruht auf den in der Neuzeit überall errichteten Geldverfassungen der einzelnen Staaten. Das wichtigste Element jeder Geldverfassung bildet die Währung, der als Einheit aufgefaßte Inbegriff des Geldes eines Staates oder einer bestimmten Staatengemeinschaft[5]). Jeder Währung liegt ihrerseits eine Rechnungs-

[1]) Daß die Eigenschaft als allgemeines Tauschmittel die wirtschaftliche Grundfunktion des Geldes bildet, aus der sich die andern Funktionen ableiten lassen, ist besonders von Menger (a. a. O. S. 598 ff.) vertreten worden. Vgl. auch Helfferich S. 263 ff., 283 ff., Wolff, Das Geld S. 563 ff., besonders S. 569 und Nußbaum S. 1.

[2]) Helfferich S. 304, Wolff S. 570.

[3]) Vgl. dazu Helfferich S. 295 ff., 311 ff.

[4]) Vgl. dazu Helfferich S. 30 ff.

[5]) Helfferich S. 413.

einheit[6]) (Reichsmark, Schilling, Frank, Lira etc.) zu Grunde, zu der die Geldzeichen des betreffenden Staates in Beziehung gesetzt sind. Deshalb kann mit Außbaum die Währung auch als ein auf derselben ideellen Einheit (Grundeinheit) beruhendes System von Geldzeichen (Währungselementen) aufgefaßt werden[7]). Vermöge dieser in allen Staaten bestehenden Rechnungseinheiten erscheinen die Geldzeichen als Bruchteile, Einfaches oder Vielfaches irgend einer Rechnungseinheit, hinter der die äußere Geldform im modernen Verkehr zurücktritt.

III. Von diesem Gesichtspunkt ist Außbaum bei seiner Umgrenzung des Geldbegriffs ausgegangen. Gewöhnlich wird in der Rechtslehre des Geldes eine Zweiteilung vorgenommen: man unterscheidet zwischen Geld in einem weiteren und einem engeren Sinn oder zwischen Geld im wirtschaftlichen und im Rechtssinne, wobei der weitere Begriff des Geldes durch seine wirtschaftlichen Funktionen unter Voranstellung der am meisten bedeutsam gehaltenen Funktionen, der engere Begriff durch bestimmte rechtliche Funktionen („letztes zwangsweises Solutionsmittel“ [8]) oder „gesetzlich anerkanntes Zahlungsmittel“) [9]) umgrenzt wird. Das Geld im Rechtssinne wird damit in der Hauptsache, ohne seinem Wesen näher zu treten, nur unter dem Gesichtspunkt seiner Fähigkeit, Geldschulden zu erfüllen, betrachtet. Außbaum ist einen andern Weg gegangen. Er stellt die Geldzeichen den Sachen gegenüber und findet, daß dem Gelde im Gegensatz zu andern Sachen überall eine Beziehung zu einer Rechnungseinheit, einer „ideellen Einheit“ eigen ist, die sich nach den Anschauungen des Verkehrs im Gelde verkörpert. Wohl in ähnlichen Gedankengängen befand sich Helfferich, wenn er gelegentlich ausführt, daß die Materien des Geldes durch ein immaterielles

[6]) Außbaum S. 6 zieht die Bezeichnung „ideelle Einheit“ der der „Rechnungseinheit“ vor, weil bisweilen im Verkehr Rechnungseinheiten nicht geldmäßiger Art auftreten. Hierbei ist an die Fälle der Wertrechnung, bei denen nicht in Geld, sondern in Werten — valoristisch — gerechnet wird, gedacht, wie bei der vielerörterten Markbanko der Hamburger Girobank und insbesondere auch der Goldmark. Vgl. Außbaum S. 90 und S. 104. Dadurch, daß es geldmäßig verkörperte und nicht verkörperte Rechnungseinheiten gibt, ist m. E. der an sich schon abstrakte Begriff nicht mehrdeutig geworden. Deshalb soll hier an diesem auch plastischeren Ausdruck festgehalten werden.

[7]) a. a. O. S. 44.

[8]) So Hartmann über den rechtlichen Begriff des Geldes S. 17 ff. und S. 50.

[9]) Gierke II S. 90, Enneccerus I, 1 § 116, Wolff S. 563, 573, Laband III S. 170, RGR. Komm. 1 a zu § 244 u. a. Ebenso Ehrenzweig II, 1 § 298.

Band zu einer kunstvollen Einheit zusammengefaßt seien, in der jedes einzelne Stück als die Verkörperung ein und derselben Geldidee erscheine [10]). Die Anpassung des Verkehrs an die ideellen Währungselemente ist unbestreitbar. Deshalb ist es wohl begründet, wenn Außbaum das Geld als diejenigen Sachen bezeichnet, „die im Verkehr nicht als das gegeben und genommen werden, was sie physisch darstellen, sondern lediglich als Bruchteil, Einfaches oder Vielfaches (x-faches) einer ideellen Einheit". [11]).

Innerhalb der durch die Rechnungseinheiten geschaffenen Gruppen löst sich die Vielheit der Geldzeichen nach ihrem Ursprung (staatliches und nichtstaatliches Geld), nach ihrem Stoff (Metall, Papier), nach den ihnen gesetzlich beigelegten Eigenschaften (unbegrenzter und begrenzter, spezieller und genereller Annahmezwang) und nach ihrer Stückelung auf.

IV. Wenn nun inländische und ausländische Geldzeichen in gleicher Weise als „Geld" anzusehen sind, so bestehen doch in ihren ordentlichen Funktionen wesentliche Unterschiede. Mit der erfolgreichen staatlichen Geldregelung wurde bei allen Geldzeichen einer Währung eine territoriale Beschränkung ihrer Grundfunktion als allgemeines Tauschmittel herbeigeführt, die grundsätzlich durch die Gebietsgrenzen des die Geldzeichen schaffenden Staates gegeben ist. Auf völkerrechtlichem Wege können zwar zwei oder mehrere Staaten den gemeinsamen Umlauf ihrer Geldzeichen anstreben [12]), wodurch Geldzeichen auch über ihr Ursprungsland hinaus sämtliche Geldfunktionen ausüben können. Derselbe Erfolg kann durch die Verkehrsübung herbeigeführt werden, besonders in den Grenzgebieten zweier Staaten [13]). Abgesehen davon hat aber das ausländische Geld im Inland und das inländische Geld im Ausland nur Zahlungsmittelfunktionen bei der Erfüllung von Geldschulden derselben Währung [14]). Man kann deshalb bei den Bestimmungen, bei denen das heimische Gesetz von Geld spricht, nicht ohne weiteres annehmen, daß sie sich in gleicher Weise auf Geld der heimischen wie auf Geld einer fremden Währung beziehen. Hier

[10]) a. a. O. S. 402.

[11]) a. a. O. S. 6. Ebenso Staudinger 9. Aufl. Vorbem. 1 zu § 244/5, aber mit dem Zusatz, daß eine Sache nur dann Geld im Rechtssinne sei, wenn ihr auch durch Gesetz die Eigenschaft beigelegt sei, ein bestimmtes Vielfaches oder einen bestimmten Bruchteil der Währungseinheit darzustellen.

[12]) So z. B. im lateinischen Münzvertrag vom 23. 12. 1865 zwischen Frankreich, Belgien, Schweiz und Italien.

[13]) Wolff S. 591 nennt solches Geld „ausländisches Inlandsgeld".

[14]) Vgl. auch Außbaum S. 97.

ist im Einzelfalle aus Sinn und Zweck der gesetzlichen Bestimmung zu ermitteln, welche Bedeutung dem Ausdruck Geld zukommen soll[15]). In der hier besonders wesentlichen schuldrechtlichen Beziehung des Geldes ist dabei der Parteiwille weitgehendst zu berücksichtigen. — Bevor aber auf das Wesen des ausländischen Geldes als Inhalt einer Schuld eingegangen werden kann, bedarf es zunächst einer Erörterung der Geldschuld. Sie wird zugleich das Wesen der Heimwährungsschuld wiedergeben. Oft wird ja auch, wenn von einer Geldschuld gesprochen wird, nur an eine in heimischer Währung ausgedrückte Geldschuld gedacht.

§ 5.

Die Geldschuld.

I. Ist Geld geschuldet, so kommt es im Normalfall dem Gläubiger infolge der geschilderten Eigenart des Geldes nicht auf die Leistung eines oder mehrerer ganz genau bestimmter Geldzeichen als solcher an, sondern auf ein x-faches der Rechnungseinheit, dessen stoffliche Darstellung er innerhalb der Vorschriften über den Annahmezwang in das Belieben des Schuldners stellen kann. Das Geld ist ihm nicht um einer bestimmten äußeren Erscheinungsart willen, sondern wegen seiner Beziehung zu der vereinbarten Rechnungseinheit geschuldet. In diesem Sinne wird das Geld vom Schuldner geleistet und vom Gläubiger angenommen. Es genügt deshalb, wenn die geschuldete Geldquantität in einem Bruchteil, Einfachen oder Vielfachen der Rechnungseinheit, also schlechthin in einer Geldsumme ausgedrückt wird. In dieser auf die Sonderheit des Geldes sich gründenden eigenen Bestimmungsart des Leistungsgegenstandes liegt ein Begriffsmerkmal der Geldschuld[1]), durch das sie sich von allen andern Sachleistungsschulden unterscheidet. Wer sich ihrer bedient, bringt zum Ausdruck, daß die Geldzeichen wegen ihrer generellen Funktionen, als Geld schlechthin geschuldet sein sollen. Fehlt diese Bestimmungsart trotz der Beziehung des Schuldinhalts zu Geld, so liegt auch keine eigentliche Geldschuld vor. So, wenn ein individuell bestimmtes Geldzeichen als solches, oder mehrere der Art nach bestimmte Geldzeichen als solche geschuldet sind, z. B. fünf Goldstücke bestimmter Art. Hier kommt es dem Gläubiger offensichtlich infolge eines ganz spe-

[15]) Enneccerus I. 1 § 116 II; Wolff S. 591 Anm. 45; Nußbaum S. 3; v. Heck S. 59.

[1]) Nußbaum S. 68.

ziellen, vielfach außerhalb der Geldfunktionen liegenden Gebrauchs- oder Verbrauchszwecks gerade auf die Leistung der von vornherein genau bestimmten Gegenstände an. Es liegt dann eine gewöhnliche Spezies- oder Gattungsschuld vor [2]).

Andererseits können aber auch die Parteien vereinbaren, daß die Erfüllung einer Geldschuld in bestimmten Sorten von Geldzeichen der vereinbarten Währung zu erfolgen hat, so z. B., wie sich dies die Auslandsgläubiger oft in der Vorkriegszeit bedungen hatten, in Goldmünzen. Diese sogenannte Geldsortenschuld (qualifizierte Summenschuld) bleibt eine Geldschuld [3]), denn die Geldzeichen sind auch hier wegen ihrer Beziehung zu einer Rechnungseinheit geschuldet [4]). Die Goldklausel kann allerdings nicht nur den Sinn einer Münzsortenklausel, sondern auch den einer Goldmarkklausel haben. Im ersten Fall hat der Schuldner wie bei jeder Geldsortenschuld Goldmünzen der vereinbarten Währung, im zweiten Fall lediglich den Wert dieser Münzen in jener Währung zu leisten. Im Zweifel wird anzunehmen sein, daß die Klausel als Goldmünzklausel gemeint war [5]).

II. Der eigenartig bestimmte Leistungsinhalt der Geldschuld hat vielfach dazu geführt, sie als „Wertschuld" zu bezeichnen: geschuldet sind nicht bestimmte Geldstücke, eine Quantität bestimmter Münzsorten, vielmehr der Wert der geschuldeten Summe [6]). Zuzugeben ist, daß jede andere Forderung, nicht nur die Geldforderung, auf einen Vermögenswert gehen kann, und daß die Bezeichnung einer Geldschuld als Wertschuld allein noch nicht klar hervortreten läßt, worin nun eigentlich der „Wert" der geschuldeten Summe besteht — ob lediglich an eine Wertrelation der Geldzeichen unter sich nach dem durch sie verkörperten Vielfachen der Rechnungseinheit (Nenn-

[2]) Enneccerus I 2 § 231; Cosack S. 379; Crome II S. 53 u. a. Außbaum S. 88 nennt sie Geldsachenschuld.

[3]) Enneccerus I, 2 § 231, Planck Siber Vorbem. 2 c und d zu § 244/5, Titze S. 13; RGR. Komm. Anm. 1 zu § 245; Staudinger Vorbem. zu § 244/5. Ehrenzweig II, 1 § 298.

[4]) Nach Außbaum (S. 81) enthält die Geldsortenschuld die Verbindung einer Geldsummenschuld mit einer Sachleistungspflicht (auf Beschaffung der vertraglich zulässigen Geldzeichen). Diese Gegenüberstellung ist nicht ganz verständlich, da jede Geldsummenschuld eine Sachleistungspflicht enthält. Der Unterschied besteht nur in der genaueren Umgrenzung der Sachleistungspflicht.

[5]) Vgl. dazu Außbaum S. 164 ff.

[6]) Enneccerus I 2 § 231, Planck Siber Vorbem. 2 zu 244/5, Gierke III S. 68, Staudinger 7./8. Aufl. Vorbem. zu 244/5, Titze S. 12, v. Heck S. 59, RG. Bd. 101 S. 313 und 106 S. 77. Ebenso Oesterr. Ob.G.H. in Oesterr. Rspr. VI S. 26.

wert) oder an eine Wertrelation zu einer dritten Größe, dem Metalle oder dem Grade der Tauschfähigkeit des Geldes, oder zu einer fremden Währung (Metall- bezw. Kurswert) gedacht ist. Dies hebt Nußbaum hervor. Er findet außerdem, daß durch die Verwendung des Ausdrucks Wertschuld der Irrtum begünstigt werde, als wenn die Geldschuld etwas grundsätzlich anderes sei als wie die Sachschuld [7]). Nach ihm besteht das Wesen der Geldschuld ausschließlich darin, daß ein x-faches einer Rechnungseinheit ohne Rücksicht auf dessen physische Beschaffenheit geschuldet ist und die Geldschuld auch heterogene Sachen getilgt werden kann [8]). Es handelt sich hier wohl nur um einen Abgrenzungsstreit. Auch durch die Auffassung, daß die Geldschuld eine Wertschuld sei, soll im Grunde ebenfalls nur die Abstraktion des gläubigerischen Interesses von der physischen Beschaffenheit der einzelnen Leistungsgegenstände gekennzeichnet werden. Während aber nach Nußbaum diese Abstraktion in die ideellen Währungselemente stattfindet, soll sie nach der Wertschuldauffassung sich in den Wert der geschuldeten Summe vollziehen. Beide Auffassungen schließen sich nicht gegenseitig aus. Denn der Wert der geschuldeten Summe ist nach den Grundsätzen des Nominalismus darzustellen: die Zahl der zu leistenden Geldstücke wird durch ihren Nennwert, d. h. durch den Wert, der den Geldzeichen nach Absicht ihres Urhebers beizulegen ist [9]), bestimmt [10]), also gerade nach dem Vielfachen der Rechnungseinheit, das die Geldzeichen

[7]) a. a. O. S. 69/70.

[8]) a. a. O. S. 68. Ihm angeschlossen Nipperdey JW. 1926 S. 121. Ebenso Staudinger 9. Aufl. Vorbem. 1 zu 244/5, nach dem die Geldschuld auch nur eine Gattungsschuld ist, gerichtet auf Leistung derjenigen Sachen, die im Verkehr als Vielfaches oder als Bruchteil der Währungseinheit gegeben und genommen werden und kraft Gesetzes als dies genommen werden müssen.

[9]) Savigny Obligationenrecht I § 41 S. 423.

[10]) So die durchaus herrschende Lehre: Hartmann über den rechtl. Begriff des Geldes S. 73 ff., Goldschmidt S. 1125, 1136; Helfferich S 316 ff.; Wolff S. 580; Nußbaum S. 6 ff.; Enneccerus I, 2 § 231 II, 2; Dernburg Bürgerl. R. II S. 39; Gierke II S. 94; Cosack S. 134 und viele andere. RG. Bd. 96 S. 125; 104 S. 397; JW. 1922 S. 159.

Die in der Inflationszeit auftauchenden Versuche einer neuerlichen Begründung der Savignyschen Kurswerttheorie (vgl. Obl. Recht I § 42 S. 436 ff.) durch Kretschmar in LZ. 1923 S. 185 ff.: Pfeiffer in der Breslauer Diss. Geldschulden und Geldentwertung und Heinzelmann in der Tübinger Diss. Zwangskurs und Geldschuld blieb ein Erfolg versagt. Ueber die sehr umstrittene Frage, ob bei einer ganz krassen Geldentwertung die Bestimmung des Schuldinhalts nach dem Nennwert nicht in Gestalt eines nach § 242 oder § 812 BGB. zu gewährenden Aufwertungsanspruchs, also de lege lata insoweit außer Kraft zu setzen ist (RG. Bd. 107 S. 78) vgl. die überaus zahlreiche Literatur bei Nußbaum S. 117 ff.

verkörpern. Die Wertschuldauffassung besagt aber in anderer Hinsicht mehr.

Findet man das Wesen der Geldschuld allein darin, daß ein x-faches einer Rechnungseinheit ohne Rücksicht auf dessen physische Beschaffenheit geschuldet sein soll, so behauptet man damit auch, daß das Interesse des Geldgläubigers sich ausschließlich und allein auf dieses x-fache der geschuldeten Rechnungseinheit richtet, genau so wie in dem Falle, daß ihm 10 Zentner Weizen geschuldet sind, seine Interessen nur auf den von vornherein ausgemachten Schuldgegenstand gerichtet sind, und seine Bedürfnisse nur durch diesen befriedigt werden können. Wird nun z. B. eine neue Währung eingeführt, so müßte sicher dann, wenn der Gesetzgeber keine Umrechnungsnorm zur Ueberführung der Schulden der alten in Schulden der neuen Währung erlassen hat, nach dieser Auffassung, da die Geldschuld grundsätzlich nichts anderes als eine Sachschuld sein soll, der Schuldner nach der hier dann einschlägigen Bestimmung des § 279 befreit werden. Der Obligationszweck wäre durch die nicht mehr mögliche Erfüllung in den Geldzeichen der vereinbarten Währung vereitelt. Der Schuldner hat aber den in der neuen Währung ausgedrückten Wert seiner Schuld zum Zeitpunkt des Währungsübergangs zu leisten [11]). Ebenso unbegreiflich wäre dann die Bestimmung des § 245 BGB., nach der bei einer Geldsortenschuld, wenn die zu leistende Münzsorte sich zur Zeit der Zahlung nicht mehr im Umlauf befindet, die Zahlung so zu leisten ist, wie wenn die Münzsorte nicht bestimmt wäre. Und gerade bei dieser Bestimmung geht Außbaum, obgleich hiefür das Wesen der Geldschuld als Sachschuld wohl kaum leitend sein kann, über den Gesetzesinhalt hinaus und billigt dem Gläubiger, der Zahlung in Gold vereinbart hatte, für den Fall, daß die Goldmünzen infolge Einführung von Papiergeldscheinen aus dem Verkehr verschwinden, einen auf den Parteiwillen gegründeten Anspruch auf den Wert zu, welcher dem Metallwert der ausbedungenen Münzsorten entspricht [12]). Diese Fälle der „Unzerstörbarkeit der Geldschuld“ [13]) zeigen, daß die engere oder weitere Bestimmung der Leistungsgegenstände bei der Geldschuld nicht den Kundgebungszweck hat, daß der Gläubiger nur durch diese und keine andern Geldzeichen letzten Endes befriedigt werden könnte. In einem weiteren Sinne geht sein Interesse auf einen in

[11]) Vgl. Außbaum S. 156/57. auch für die Frage, welches Wertverhältnis zu Grunde zu legen ist.

[12]) a. a. O. S. 84 und 85.

[13]) Außbaum S. 73.

Geld überhaupt dargestellten Vermögenswert[14]), oder, wie Wolff es formuliert, auf „die Verschaffung eines gewissen Maßes einer unkörperlichen Vermögensmacht, die darin besteht, sich einer beweglichen Sache als Tauschmittel zu bedienen, und die in Geldzeichen ähnlich wie eine Forderung in Wertpapieren dargestellt wird“[15]). Die Auffassung, daß die Geldschuld eine Wertschuld ist, dürfte m. E. nicht entbehrlich sein. Die Abstraktion der gläubigerlichen Interessen vom Leistungsgegenstand allein in die ideellen Währungselemente ist, wie sich an der Unzerstörbarkeit der Geldschuld zeigt, zu eng. Durch diese lediglich ein Begriffsmerkmal erfassende Annahme würden die wesentlichsten wirtschaftlichen Eigentümlichkeiten der Geldschuld gegenüber sonstigen Sachleistungsschulden nicht berücksichtigt werden. Deshalb soll auch hier an der Wertschuldauffassung festgehalten werden. Man muß sich dabei nur vor dem Mißverständnis hüten, als ob die Geldschuld, weil sie Wertschuld ist, den wahren inneren Wert des Geldes zum Inhalt habe[16]).

III. Trotz des an sich nominalistischen Charakters der Geldschuld sind solche besonderen Erscheinungsformen der Geldschuld, bei der sich der Inhalt nach dem Werte der Geldzeichen zu einer dritten Größe richtet — also valoristisch bestimmt ist — vorbehaltlich ausdrücklicher gesetzlicher Verbote für die Parteiwillkür nicht ausgeschlossen[17]). Sie treten bei erheblichen Veränderungen des Funktionswertes des Geldes mit dem Ziel auf, einen relativ wertkonstanten Schuldinhalt zu bilden. Für die Heimwährungsschuld bildet das bekannteste Beispiel die auch heute noch übliche Goldmarkrechnung. Die Goldmark ist selbst kein Geld, sondern ein Mittel für die Wertrechnung des Geldes. Der Verkehr kennt eine Anzahl verschiedener Goldmarktypen, von denen die durch die Gesetzgebung geschaffenen[18]) allmählich in den Vordergrund traten: die Dollar-

14) Nach v. Schey I S. 97 ist „Kapital schlechthin“ geschuldet.

15) a. a. O. S. 577 ff. Der Einwand Außbaums S. 69 hiergegen, daß jede Forderung, nicht nur die Geldforderung eine unkörperliche Vermögensmacht gewährt, trifft m. E. nicht zu. Denn es handelt sich hier um eine spezielle Vermögensmacht.

16) Vgl. Leonhard, Schuldrecht S. 111.

17) Wolff S. 579, Dernburg II § 15 S. 39, a. A. Heck in Arch. f. Ziv.Praxis Bd. 122 S. 214.

18) Vgl. Goldbilanz VO. vom 28. 12. 23 (RGBl. I S. 1253 § 1 II) in Verbindung mit VO. vom 12. 12. 24 (RGBl. I S. 775); VO. über Goldmarkwechsel- und Schecks vom 6. 2. 24 (RGBl. I S. 50 § 1); 3. Steuernotverordnung vom 24. 2. 22 (RGBl. 74 § 3 II) mit Durchf. VO. vom 1. 5. 24 (RGBl. I S. 430 § 1); VO. vom 27. 6. 24 (RGBl. I S. 660 Art. I, 1 b); VO. vom 17. 4. 24 (RGBl. I S. 415).

goldmark und die Feingoldmark. Die Dollargoldmark ist der Markwert von $^5/_{21}$ eines nordamerikanischen Dollars nach dem amtlichen Berliner Mittelkurs für die Auszahlung in Newyork. Die Feingoldmark ist der Markwert von $^1/_{2790}$ kg Feingold nach dem amtlichen Londoner Feingoldpreis [19]).

Die auf Dollar- oder Feingoldmark lautenden Schulden sind wie jede andere Geldschuld auf Leistung von Geldzeichen, und zwar der heimischen Währung gerichtet. Auch bei ihnen ist eine Geldsumme, ein x-faches der Rechnungseinheit geschuldet. Aber dieses x-fache kann veränderlich sein und außerhalb der Parteiwillkür durch die vereinbarte Wertmessung an der fremden Währung oder am Golde zeitlich verschiedenen Umfang annehmen, während bei der nominalistischen Geldschuld das x-fache der Rechnungseinheit, die Schuldsumme in ihrem ursprünglichen Umfange konstant bleibt.

IV. Die Geldschuld unterliegt im Verhältnis zu andern Sachleistungsschulden besonderen Bestimmungen des materiellen Rechts und ist prozeßrechtlich besonders geregelt. Zunächst gibt es, wie bereits hervorgehoben, keine Befreiung des Schuldners wegen nachträglich eintretender Unmöglichkeit der Leistung. Bei Einführung einer neuen Währung geht die auf die alte Währung lautende Geldschuld in eine auf die neue Rechnungseinheit lautende nach Maßgabe der Umrechnungsnorm über, und zwar grundsätzlich ohne Rücksicht darauf, welchem Recht das Schuldverhältnis im Ganzen unterworfen ist [20]). Ebenso wenig wird der Schuldner durch ein Unvermögen zur Leistung befreit [21]). Sodann sind Geldschulden mangels besonderer Vereinbarung stets Bringschulden. Die Zahlung ist am Wohnsitz des Gläubigers zu bewirken, während der Erfüllungs-

---

[19]) Vgl. dazu Außbaum a. a. O. S. 104 ff.

[20]) Hartmann Intern. Geldschuld, S. 49 ff.; Außbaum S. 140 und S. 155 ff.; Walker S. 384 u. S. 404; Neumeyer JW. 1928 S. 138/139; Reichel JW. 1928, S. 3146; RG. Bd. 19 S. 47. a. A. v. Bar Intern. Privatrecht II S. 47 und Lehrbuch S. 114; Zitelmann II S. 396, nach denen das fremde Währungsrecht nur dann zur Anwendung kommen soll, wenn das Schuldverhältnis dem Recht des Heimatstaats der Währung untersteht. Frankenstein II S. 199 und S. 211 ff. läßt die Anwendung ebenfalls nur nach Maßgabe des primären Statuts, also so weit eine „sekundäre Anknüpfung" vorliegt, zu. Uebereinstimmend damit erkennt das RG. in Bd. 107 S. 23 und Bd. 108 S. 303 die Umrechnungsnorm offenbar nur an, wenn sie dem Obligationsstatut angehört.

[21]) Dies ist mit der herrschenden Lehre aus § 279 BGB. abzuleiten. Vgl. Planck-Siber Anm. 2c zu § 279, Staudinger 1 zu § 279; v. Heck S. 59, RG. Warn. 1915 No. 278, JW. 1919 S. 570 No. 4, LZ. 1921 Sp. 223.

ort der Wohnsitz des Schuldners bleibt. § 270 BGB. Dem BGB. folgt das österr. ABGB. in § 905, während das schweizerische Recht, das ungarische Handelsgesetzbuch und das anglo-amerikanische Recht den Wohnsitz des Gläubigers zum Erfüllungsort erklären [22]). Das französische, belgische und italienische Recht hält auch bei Geldschulden daran fest, daß die Leistung, soweit nichts anderes bestimmt ist, am Wohnsitz des Schuldners zu erfolgen hat [23]). Eine besondere Regelung ist auch die kraft Gesetzes eintretende Verzinsungspflicht des Schuldners in bestimmten Fällen [24]). Vor allem aber zeigt sich die Sonderstellung der Geldschuld in der Zwangsvollstreckung. Wird wegen einer Geldforderung vollstreckt, so ist Gegenstand der Zwangsvollstreckung im Gegensatz zu der Vollstreckung wegen anderer Sachleistungsforderungen das gesamte Vermögen des Schuldners. Abgesehen von den gesetzlichen Ausnahmen kann jedes Vermögensstück zur Verwertung und zur Befriedigung des Gläubigers herbeigezogen werden. Diese in der Aufzählung noch vermehrbaren Sonderregeln sind naturgemäß in erster Linie für Geldschulden deutscher Währung bestimmt. Aber auch auf Fremdwährungsschulden finden sie Anwendung. Diese sollen jetzt einer besonderen Betrachtung unterzogen werden.

§ 6.

Die Fremdwährungsschuld.

I. 1) Eine fremde Währung kann in verschiedener Weise als Schuldinhalt auftauchen. Der Regelfall ist der, daß in ihr ein zu leistendes x-faches ausgedrückt wird: 1000 Pfund oder Dollar oder Gulden sollen geschuldet sein. Auch hier sind die Leistungsobjekte nicht wegen einer ganz genau bestimmten äußeren Erscheinungsart, sondern wegen ihrer Verkörperung der vereinbarten Rechnungseinheit geschuldet. Der Schuldner hat so viele homogene oder heterogene Geldzeichen der vereinbarten Währung zu leisten, als durch die Schuldsumme bestimmt ist. Gelegentlich weist die Bestimmungsart der geschuldeten Geldsumme auch Besonderheiten auf. Wenn ein Ausländer einem Deutschen ein Markdarlehen gegeben

---

[22]) Schweizer. Obl.R. 74 Ziff. 1; Ungar. HGB. 324; für das anglo-amerikanische Recht vgl. die bei Nußbaum S. 73 Anm. 4 Zitierten.

[23]) Französischer c.c. 1247; Ausnahmen aber in c.c. 1943; 1903, 1609. Belgischer c.c. 1247 und Italienischer c.c. 1249.

[24]) §§ 288, 291, 256, 347, 452, 668, 819 und 820 BGB. §§ 353 und 354 Abs. 2 HGB.

hat, so kommt es vor, daß die Rückzahlung des Kapitals und die Zinszahlung zu einem festen Kurse in der Währung des Gläubigerlandes vereinbart wird [1]). Auch hier ist fremde Währung geschuldet und zwar in einem von vornherein festbestimmten Betrag, der sich aus einer einfachen Umrechnung des Markbetrages zu dem festgelegten Kurse ergibt. Der in deutscher Währung ausgedrückte Betrag dient lediglich als Rechnungsfaktor für die Ermittlung derjenigen Summe der fremden Währung, welche als „Schuldwährung" den eigentlichen Gegenstand der Schuld bildet [2]).

Eine derartige auf eine bestimmte Summe ausländischen Geldes lautende Schuld kann eine Wertschuld in dem oben dargelegten Sinne sein. [3]). Auch sie kann in einem weiteren Sinne auf einen in Geld schlechthin darzustellenden Vermögenswert in Höhe des vereinbarten Betrags gehen. Dies wird immer dann zutreffen, wenn die ausländischen Geldzeichen nicht ausschließlich und allein gerade wegen ihrer speziellen Funktionen gegenüber Geldzeichen einer anderen, z. B. der heimischen Währung geschuldet sind. Wird in fremder Währung kontrahiert, so liegt bei Auslandsgeschäften der Grund hiefür immer darin, daß die Parteien infolge des Mangels eines „Weltgelds" keine andere Wahl haben, als die Zahlungsverpflichtungen nach einer Währung zu bestimmen, die mindestens für einen der Beteiligten eine fremde ist. Wird nun eine bestimmte Währung gewählt, so geschieht dies regelmäßig nicht zu dem Zweck, daß der Gläubiger oder Schuldner ausschließlich und allein solches Geld erhalten oder leisten soll, das er im Lande seines Wohnsitzes oder Aufenthalts in seinen generellen Funktionen unmittelbar verwendet. Diese Gesichtspunkte treten ganz in den Hintergrund vor der Tatsache, daß das Kontrahieren in fremder Währung mit der Gefahr der Veränderung des Wertverhältnisses der heimischen zu der in Betracht gezogenen fremden Währung verbunden ist. Der Gläubiger, der fremdes Geld zu fordern hat, kann am Zahlungstage einen geringeren, in seiner heimischen Währung ausgedrückten Wert erhalten als es dem Kursverhältnis im Zeitpunkt der Schuldentstehung entspricht. Umgekehrt kann der Schuldner, der fremdes Geld schuldet, am Zahlungstage mehr hei-

[1]) RG. JW. 1921, S. 231 (65 000 Mark rückzahlbar zum Kurse von 123,50 Schweizerfranken für je 100 Mark) und RG. JW. 1924 S. 173 (Markdarlehen rückzahlbar in holl. Gulden unter Zugrundelegung des Kursverhältnisses im Zeitpunkt der Hingabe).

[2]) Außbaum S. 206.

[3]) Planck Siber Erl. zu 244, Stein-Jonas Vorbem. I, 1 vor 803 Außbaum DJZ. 1923 S. 22, Heck S. 60; Frankenstein II S. 281; RG 101, 312 und 106 S. 77.

misches Geld zur Beschaffung der fremden Valuta aufwenden müssen, als es im Zeitpunkt der Entstehung seiner Verbindlichkeit der Fall gewesen wäre. Für die Wahl einer bestimmten Währung ist in diesen Fällen nicht der Funktionsunterschied ihrer Geldzeichen als solcher, sondern lediglich das Maß des Valutarisikos maßgebend. Ist das Valutarisiko der fremden Währung unbedeutend, so wird z. B. der inländische Exporteur seinem ausländischen Abnehmer die Bequemlichkeit verschaffen können, daß dieser in der Währung seines Landes bezahlt und wird deshalb den Preis in dieser Währung bestimmen. Dieses Entgegenkommen ist aber dann nicht möglich, wenn der Gläubiger Gefahr läuft, durch Kursveränderungen einen geringeren, in seiner eigenen Währung ausgedrückten Wert als im Zeitpunkt der Entstehung seiner Forderung zu erhalten. Hier wird z. B. der Darlehensgläubiger seine eigene Währung bevorzugen — nicht deshalb, weil es ihm ausschließlich und allein gerade auf Geldzeichen der heimischen Währung ankommt, sondern um eine Garantie dafür zu haben, denselben in seiner eigenen Währung ausgedrückten Wert zurückzuerhalten. Bei einer derartigen Interessenlage hat eine in fremder Währung ausgedrückte Schuld den Charakter einer Wertschuld: im Vordergrund des Parteiinteresses steht nicht wie in dem Fall, daß irgendwelche vertretbaren Sachen geschuldet sind, der Leistungsgegenstand als solcher, sondern die geldliche Darstellung eines bestimmten Wertes nach Maßgabe des Schuldinhalts [4]).

2. Sind diese Merkmale — die Bestimmung des Schuldinhalts nach einem x-fachen einer fremden Währungseinheit mit dem Charakter einer Wertschuld — gegeben, so liegt eine echte Fremdwährungsschuld, oder wie sie gebräuchlicher genannt wird, eine Valutaschuld vor. Sie weist dann die typischen Merkmale der Geldschuld auf. Heimwährungs- und Fremdwährungsschuld sind also Unterarten der Geldschuld. Auch das Gesetz geht davon aus, wenn es in § 244 BGB. von einer in ausländischer Währung ausgedrückten „Geldschuld" spricht. Daraus ergibt sich aber noch nicht ohne weiteres, daß die Fremdwährungsschuld schlechthin auch zugleich Geldschuld im Sinne der einzelnen gesetzlichen Vorschriften ist, ebensowenig wie angenommen werden kann, daß der Gesetzgeber überall da, wo er von Geld in nicht schuldrechtlicher Beziehung redet, diesen Ausdruck in einem weiteren, auch ausländisches Geld umfassenden Sinne verstanden wissen will. Es ist aber davon auszugehen, daß

[4]) Vgl. Dernburg Compensation S. 488, Frankenstein II S. 281; Wahle in Oesterr. Rspr. VII 7; RG. Bd. 106 S. 77. Andeutungsweise auch OLG. Hamburg Hans. GZ. 1924 S. 198.

die Parteien, wenn sie unter den dargelegten Verhältnissen in fremder Währung kontrahieren, den Betrag der fremden Währung im gleichen rechtlichen Sinne wie eine in heimischer Währung ausgedrückte Geldsumme geschuldet wissen wollen [5]), liegt doch dieselbe der Geldschuld (im Rechtssinne) typische Interessenlage auch ihrer Verbindlichkeit zu Grunde. Dieser Auffassung hat schon Hartmann Rechnung getragen, wenn er in seiner Abhandlung über den rechtlichen Begriff des Geldes ausführt, daß beim Austausch einer Ware gegen ausländische Münzen es dem Resultat nach ganz gleichgültig sei, ob man diese letzteren als Geld und somit das Geschäft als einfachen Kauf ansehen würde, oder ob man die Geldqualität leugne, da in diesem Falle ja keineswegs schlechthin die Annahme eines Tausches notwendig sei, vielmehr die eines Kaufes mit tacite vereinbarter datio in solutum für den im Grunde gewollten Geldpreis oft sehr nahe liegen werde [6]).

Die Fremdwährungsschuld ist rechtlich nicht als Warenschuld, sondern als Geldschuld zu behandeln [7]).

Daraus ergibt sich, daß auch die Fremdwährungsschuld bei Verzug des Schuldners nach § 288 BGB. zu verzinsen ist [8]). Die Zinsen sind in der Währung der Hauptschuld auszudrücken [9]). Ebenso ist die Fremdwährungsschuld nach § 270 BGB. eine Bringschuld, da es dem Parteiwillen in der Regel entsprechen wird, daß der Schuldbetrag auf Gefahr und Kosten des Schuldners dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln ist [10]).

Aus dem Charakter der Fremdwährungsschuld als einer Geldschuld folgt ferner, daß der Schuldner nicht durch Unmöglichkeit der Leistung befreit wird. Bei Aufhebung der vereinbarten Wäh-

[5]) Außbaum S. 188.
[6]) a. a. O. S. 11.
[7]) Dies ist jetzt herrschende Lehre: Stein-Jonas I. 1 vor § 803; Planck Siber Erl. zu § 244; Außbaum DJZ. 1923 S. 21 und Das Geld S. 188; Kaufmann LZ. 1921 S. 99; Staudinger 9. Aufl. Anm. 1 zu § 244; Bamberger S. 8; RG. JW. 1921 S. 22 und Bd. 106 S. 74; OLG. Köln in JW. 1920 S. 910; OLG. Frankfurt JW. 1921 S. 1328, 4. Ebenso für Oesterreich v. Ohmeyer a. a. O. S. 274.
Als Warenschuld wurde die Fremdwährungsschuld noch angesehen vom RG. JW. 1920 S. 43/44; von Wach (JW. 1920, S. 658 Anm. 2) und Oertmann (JW. 1920 S. 740 Anm. 2, 1).
[8]) Vgl. Außbaum a. a. O. S. 192. Ein weiterer konkreter Verzugsschaden nach § 286 BGB. ist insbesondere durch eine nach Fälligkeit eintretende Entwertung der fremden Valuta denkbar. Vgl. RG. Bd. 107 S. 133.
[9]) Bamberger S. 14.
[10]) Außbaum S. 192.

rung hat der Schuldner soviel Geldzeichen der neuen Währung zu leisten, als es sich aus der Umrechnungsnorm des währungswechselnden Landes ergibt, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob das Schuldverhältnis im Ganzen dem Rechte dieses Landes untersteht[11]). Wird die Leistung der fremden Währung im Inlande durch ein gesetzliches Verbot, Kriegszustand oder andere derartige Gründe unmöglich, so wird der Fremdwährungsschuldner hier nicht befreit, sondern hat statt der ausländischen Währung Geldzeichen der inländischen Währung im Werte des geschuldeten Betrags zu leisten[12]).

In prozeßrechtlicher Hinsicht können Klage und Urteil im Gegensatz zum anglo-amerikanischen Recht, das nur Urteile in heimischer Währung kennt, auf die fremde Währung gestellt werden[13]). Denselben Standpunkt nimmt auch die österreichische[14]) und italienische[15]) Rechtsprechung ein. Selbst in der Zwangsvollstreckung wird die Fremdwährungsschuld als Geldschuld behandelt[16]). Der Fremdwährungsgläubiger kann nach den Regeln über die Vollstreckung von Geldforderungen (§ 803 ff. ZPO.) beim Schuldner durch den Gerichtsvollzieher soviel pfänden lassen, als zur Beschaffung des geschuldeten Betrags in fremder Währung notwendig ist[17]). Beim Steigen der fremden Währung ist eine weitere Pfändung nicht ausgeschlossen; die Zwangsvollstreckung wird so lange fortgesetzt, bis der Gläubiger den Betrag in Reichsmark erhält, der dem amtlichen Kurse des in fremder Währung ausgedrückten Be-

[11]) Vgl. oben S. 40 Anm. 20. Nach v. Schey I S. 123 und Ehrenzweig II, 1 S. 25 soll das ausländische Währungsgesetz nur entscheiden, wenn der Erfüllungsort im Auslande liegt.

[12]) OLG. Hamburg Hans. GZ. 1921 S. 69; RG. JW. 1924 S. 159; Außbaum S. 191; v. Ohmeyer S. 275, Schey I S. 97.

[13]) Außbaum S. 193; Brodmann JW. 1921 S. 1328. Für das amerikanische Recht vgl. die Entscheidung in JW. 1928 S. 2884.

[14]) Oesterr. Ob. GH. in Rspr. IV, S. 67.

[15]) Ascarelli a. a. O. S. 809 .

[16]) Ebenso in der österr. Praxis. Oesterr. Ob. GH. Rspr. V S. 53.

[17]) KG. JW. 1920 S. 657; OLG. Köln JW. 1920 S. 910; Bayr. Ob.LG. in LZ. 1920 S. 654; OLG. Frankfurt JW. 1921 S. 1328; KG. JW. 1924 S. 411; RG. Bd. 106 S. 74; Stein-Jonas Vorbem. I I zu § 803; Seuffert 1 a vor § 803; Staudinger 1 zu § 244; a. A. Außbaum (JW. 1920 S. 16, 657, 891, 910; JW. 1921 S. 1328, Das Geld S. 196) sowie Weinhagen (JW. 1920 S. 595), die die Zwangsvollstreckung nur nach § 887 ZPO., mindestens aber auch nach dieser Vollstreckungsart zulassen wollen. Nach Wach (JW. 1920 S. 658) soll die Vollstreckung nach § 884, nötigenfalls in Verbindung mit § 893 erfolgen. Marquardt (LZ. 1922 S. 277) hält die Vollstreckung nach § 884 für zunächst gegeben, erklärt aber auch die Vollstreckung nach § 887 und 803 ff. für zulässig.

trags bei der Vereinnahmung durch den Gerichtsvollzieher als den Vertreter des Gläubigers entspricht [18]).

Der Fremdwährungsgläubiger erhält hiernach trotz seines auf fremde Währung lautenden Schuldtitels immer das Aequivalent des geschuldeten Betrags in der heimischen Währung, ein Ergebnis, das in natürlicher Weise auf den ganz auf die heimische Währung eingestellten Vollstreckungsapparat zurückzuführen ist, und welches durch das gläubigerische Wertinteresse berechtigt ist, das auch bei der Fremdwährungsschuld im Vordergrund steht. Wollte man annehmen, daß die in §§ 803 ff. ZPO. angeordnete Vollstreckungsart angesichts ihres Ergebnisses nur für Geldforderungen der heimischen Währung bestimmt ist, so bliebe für den Fremdwährungsgläubiger nur die Möglichkeit, daß seine Forderung nach den Vorschriften über die Erwirkung der Herausgabe vertretbarer Sachen vollstreckt wird, mit der Folge, daß er in den meisten Fällen, d. h. immer dann, wenn der Schuldner nicht im Besitze des Betrages der fremden Währung ist, von neuem Klage auf das Erfüllungsinteresse in heimischer Währung erheben müßte, um auf diesem Umwege dann doch nach den §§ 803 ff. ZPO. vollstrecken lassen zu können. Dieser Umweg ist deshalb weder erforderlich noch begründet, weil das Interesse des Gläubigers nicht wie in dem Fall, daß irgendwelche vertretbare Sachen geschuldet sind, bloß auf fremde Währung gerichtet ist in dem Sinne, daß ausschließlich und allein gerade die fremde Währung wegen ihrer Funktionsunterschiede gegenüber der heimischen Währung ihm Befriedigung verschaffen könnte. Die Fremdwährungsschuld ist wie jede Geldschuld eine Wertschuld. Das Erfüllungsinteresse ist damit von vornherein in dem Wert der geschuldeten Summe fest bestimmt, so daß sich eine besondere richterliche Erkenntnis, wie dieser Wert anders als in der an sich geschuldeten fremden Währung zur Befriedigung des Gläubigers darzustellen ist, erübrigt [19]).

II. Diese echte Fremdwährungsschuld kann in verschiedenen Abarten erscheinen.

1. Denkbar ist, daß die Zahlung des in fremder Währung ausgedrückten Betrags in einer bestimmten Geldsorte der Schuldwäh-

[18]) Nußbaum S. 195 ff.; daselbst auch die Handhabung bei der Zwangsvollstreckung in Immobilien.

[19]) Das Ergebnis, daß der Fremdwährungsgläubiger bei der Vollstreckung immer nur heimisches Geld bekommt, wird auch nicht dadurch beseitigt, wenn man mit Nußbaum S. 196 die Valutaforderung vollstreckungstechnisch als Forderung auf Vornahme einer Handlung, nämlich auf Beschaffung der fremden Währung ansehen und die Vollstrek-

rung erfolgen soll. Dann liegt eine Fremdwährungssortenschuld vor, für die dasselbe wie für die Geldsortenschuld gilt: die Vereinbarung einer bestimmten Geldsorte, in der erfüllt werden soll, verändert nicht das Wesen der Fremdwährungsschuld als Geldschuld. Auf sie finden dieselben Regeln wie auf jede Geldsortenschuld Anwendung.

2. Wie die heimische Währung mitunter als Rechnungsfaktor für die Ermittlung des Betrages der geschuldeten fremden Währung verwendet wird, so kann es auch sein, daß die heimische oder eine bestimmte fremde Währung bei der Ermittlung des in einer andern fremden Währung geschuldeten Betrags nicht allein die Rolle eines Rechnungsfaktors, sondern zugleich auch die eines Wertmaßstabes spielt, also wenn der in der fremden Währung auszudrückende Wert eines bestimmten Betrages der heimischen oder einer anderen fremden Währung geschuldet sein soll. Genau so, wie es eine valoristische Heimwährungsschuld gibt, ist auch eine valoristische Fremdwährungsschuld denkbar. Geschuldet ist dann nicht ein von vornherein ganz bestimmtes, aber dafür ausreichend bestimmbares x-faches der fremden Rechnungseinheit, das zeitlich wie bei der Goldmarkrechnung einen verschiedenen Umfang annehmen kann.

3. Eine häufigere Art, in der die Fremdwährungsschuld auftauchen kann, wird durch die Fälle der sogenannten alternativen Währungsklausel gebildet. Sie tritt besonders im internationalen Anleiheverkehr, aber auch bei einzelnen internationalen Darlehen auf. Diese auch Buntwährungsschuld genannte Form der Fremdwährungsschuld begegnet in drei Arten: die Zahlung hat entweder in der Landeswährung des Zahlungsortes oder wahlweise in dieser oder der Währung des Emissionslandes und zwar hier wieder entweder nach Wahl des Schuldners oder nach Wahl des Gläubigers zu erfolgen [20]). Das durch die sogenannten Couponsprozesse bekannteste Beispiel bieten die Schuldverschreibungen der österreichischen Eisenbahnen, die zum Teil über „200 Gulden österreichischer Währung = 233⅓ Gulden süddeutscher Währung oder 133⅓ Thaler

kung nach § 887 ZPO. behandeln würde. Zunächst steht dieser Auffassung sichtbar der Abs. 3 des § 887 ZPO. entgegen. Der Gläubiger bekäme aber auch hier und auf umständlicherem Wege in erster Linie nur heimische Währung. Die Beschaffung der fremden Geldzeichen bliebe auch ihm überlassen und hier selbst sogar in dem Fall, daß der Schuldner im Besitze des geschuldeten Betrags der fremden Währung wäre. Gerade dieser Umstand dürfte m. E. zeigen, daß die Valutaforderung nicht nach § 887 ZPO. vollstreckt werden kann.

[20]) Vgl. Reichel JW. 1930 S. 2209.

der Thalerwährung oder 500 Franken" lautend ausgestellt wurden. Die zugehörigen Zinscoupons wurden über „5 Gulden österreichischer Währung in Silbermünze oder 5 Gulden 50 Kreuzer süddeutscher Währung oder 3 Thaler 10 Groschen in Thalerwährung oder 12½ Franken" lautend ausgegeben und zwar zahlbar in Wien oder „im Auslande bei den vom Verwaltungsrate bekannt zu gebenden Bankhäusern" [21]). Nachdem auf Grund des deutschen Münzgesetzes vom 9. Juli 1873 die deutsche Reichswährung als Goldwährung mit der Umrechnungsnorm von ein Thaler gleich drei Mark geschaffen worden war, und dann späterhin das Silber im Verhältnis zum Gold im Werte sank, wollten die österreichischen Eisenbahngesellschaften nur das jeweilige Aequivalent ihrer Zusagen in österreichischen Silbergulden zur Auszahlung gelangen lassen. Die österreichischen Gerichte wiesen die Klagen auf Zahlung in Mark in Reichswährung mit der Begründung ab, daß die Auslegung der Schuldverschreibungen zum Ergebnis führe, daß von vornherein nur österreichische Silbergulden sich in obligatione befunden haben. Die beigefügten Worte „oder" und „gleich" soviel Gulden, Thalern etc. sollen nur gedacht sein als eine unmaßgebliche Belehrung für die auswärtigen, der Verhältnisse der österreichischen Währung etwa unkundigen Gläubiger [22]). Dieser Auffassung gegenüber vertraten die deutschen Gerichte [23]) unter Billigung durch die deutsche Literatur [24]) und auch teilweise durch die österreichische Literatur [25]) den Standpunkt, daß sich die Anleiheschuldnerin dazu verpflichtet hat, in dem jedesmaligen, vom Couponsbesitzer erwählten Währungsgebiet eine fest bestimmte Summe der dortigen Landeswährung zu zahlen. Es wurde also mit Recht in der Währungsklausel eine Wahlschuld gesehen, bei der das Wahlrecht dem Gläubiger zusteht [26]).

Zunächst ausdrücklich nur insoweit, als das Problem anläßlich der Couponsprozesse angeschnitten war, nämlich hinsichtlich des zur Wahl stehenden Anspruchs in der Währung des Gläubigerlandes.

[21]) Vgl. Hartmann Intern. Geldschulden S. 2.

[22]) Hartmann a. a. O. S. 4 und 5.

[23]) ROHG. Bd. 23 S. 205 ff., 25 S. 41 ff.; RG. Bd. 1 S. 23 ff. Bd. 6 S. 125 ff.

[24]) Bekker S. 132; Hartmann Intern. Geldschulden S. 11; vgl. auch v. Bar Int. Privatrecht II S. 48 ff., Außbaum S. 203, Frankenstein II S. 211 ff.

[25]) v. Schey I S. 127, Ehrenzweig II, 1 S. 25 bei Anm. 31, Walker S. 395 ff. (S. 403) und die bei Hartmann a. a. O. S. 11 Anm. 13 zitierten Schriftsteller.

[26]) Ebenso die neueren Entscheidungen des RG. JW. 1926 S. 2675; 1930, S. 1855 ff.

Darüber hinaus ist aber dem Gläubiger auch ein Wahlrecht für die in der Währungsgleichung aufgeführte Währung, die nicht seinem oder dem Schuldnerlande angehört, einzuräumen. Nach den Anleihebedingungen wird er aber meist diese Währung nur durch Inanspruchnahme der Zahlstelle, an der diese Währung allein zur Auszahlung kommen soll, erhalten können[27]) [28]).

Diese Wahlschuld ist, soweit sie deutschem Recht untersteht, nach den Regeln der §§ 262 ff. BGB. zu behandeln. Die Wahl erfolgt durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Auch durch schlüssige Handlungen kann das Wahlrecht ausgeübt werden, z. B. durch gänzliche oder teilweise Annahme, oder durch gerichtliche Geltendmachung einer der geschuldeten Leistungen[29]). Der Uebergang des Wahlrechts auf den Schuldner nach § 264 Abs. 2 BGB. kann naturgemäß nicht bei solchen Wahlobligationen, die durch Inhaberschuldverschreibungen verbrieft sind, herbeigeführt werden. Hier ist der Schuldner durch die Vorlegungsfrist des § 801 BGB. geschützt.

Bei all den vorstehend genannten Fällen einer Valutaschuld geht die Willensrichtung beider Parteien an sich auf Zahlung der vereinbarten fremden Währung. Der Gläubiger hat nur einen Anspruch auf diese und wird ohne besondere Rechtsgründe nicht die Erfüllung in Geldzeichen einer andern Währung, z. B. in der moneta fori, gegen den Willen des Schuldners verlangen können. In der französischen, belgischen und schweizerischen Rechtsprechung besteht die Uebung, eine Umrechnung des Fremdwährungsbetrags in die Währung des Gerichtsorts einseitig durch den Gläubiger zuzulassen[30]). Solange der Schuldner keine Einwendungen hiegegen erhebt, kann einer derartigen Umrechnung nichts im Wege stehen. Die Bedenken Außbaums, daß dadurch die getroffenen Vereinba-

[27]) Mit Recht hebt Außbaum S. 204 hervor, daß bei einer solchen Anleihe nach der Nationalität des Besitzers weder unterschieden werden soll noch kann, und daß es deshalb nicht im Willen des Ausstellers gelegen haben könne, den Erwerber der Obligation auf die Inanspruchnahme der Zahlstelle seines Landes oder desjenigen Landes zu beschränken, in welchem das fragliche Stück zur Auszahlung gelangt sei. Ebenso RG. JW. 1930 S. 1860.

[28]) Die zweite, durch die Coupons prozesse aufgeworfene Frage, welche Wirkung ein Währungswechsel auf die einem fremden Recht untersteheude Geldforderung der alten Währung hat, wurde erst in RG. Bd. 19, S. 47 entschieden. Ueber die verschiedenen Ansichten vgl. oben S. 40 Anm. 20 und S. 45 Anm. 11.

[29]) Staudinger Anm. 2 zu § 263.

[30]) Vgl. Außbaum S. 217.

rungen völlig deformiert werden[31]), können durch die Annahme eines stillschweigenden Schuldumwandlungsvertrags nach § 305 BGB. beseitigt werden.

III. Abgesehen von diesem letzten Gesichtspunkt können trotz der Beziehung des Schuldinhalts zu einer fremden Währung Geldzeichen der heimischen Währung im Grunde von Anfang an geschuldet sein, sodaß eine Einwendung des Schuldners, daß fremdes Geld und nicht heimisches geschuldet sei, aus diesen Gründen nicht durchschlagen kann. Dies sind die Fälle der sogenannten unechten Fremdwährungsschuld[32]). Bei einer ausdrücklich mit einer fremden Währung valorisierten Heimwährungsschuld ist ja der Fall ganz klar. Wenn z. B. der in heimischer Währung darzustellende Wert von 1000 Dollar, oder 1000 Dollar zahlbar in Reichsmark zum Kurs des Zahlungstages geschuldet sein sollen, so hat die fremde Währung lediglich die Bedeutung eines Wertmaßstabes und eines Rechnungsfaktors für die Ermittlung des geschuldeten Betrags in heimischer Währung[33]). Sollen vollends noch 1000 Dollar zu dem festen Umrechnungskurs von 1000 Dollar gleich 4200 Reichsmark in Reichsmark geschuldet sein, so liegt nichts anderes als eine gewöhnliche Heimwährungsschuld in fest bestimmter Höhe vor.

Aber auch im Auslegungswege unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen kann man zu dem Ergebnis kommen, daß trotz des Kleides einer echten Valutaschuld in Wirklichkeit eine auf heimische Währung gerichtete, unechte Valutaschuld gewollt war. Gerade dann, wenn beide Vertragsteile Inländer sind, wird oft zu prüfen sein, ob Verpflichtungen in fremder Währung nach der sich ergebenden Interessenlage nicht im Sinne der an sich für die Vertragsparteien nächstliegenden heimischen Währung auszulegen sind[34]). Abgesehen von dem Fall der falsa demonstratio — wenn z. B. die Parteien, als sie am 1. Juli 1914 100 Pfund gesagt haben, 2000 Mark gemeint haben[35]) — können die Parteien aus Kalkulations- oder aus Organisationsgründen, zu Vergleichs- oder bloßen Bequemlichkeitszwecken in der fremden Währung letzten Endes lediglich einen Rechnungsfaktor für die im Grunde gewollte hei-

---

[31]) a. a. O. S. 218.

[32]) Nußbaum S. 187. RG. Hans. R.Zeitschr. 1924 S. 17.

[33]) Nußbaum S. 188.

[34]) Nußbaum S. 198 .

[35]) Brodmann JW. 1921 S. 442.

mische Währung erblickt haben[36]). Bei der Auslegung wird auch immer von Bedeutung sein, ob der inländische Schuldner ein Valutarisiko, d. h. die Gefahr der Veränderung des Wertverhältnisses der heimischen zu der fremden Währung, übernehmen wollte oder nicht. Wollte er dies nach den gegebenen Umständen offenbar nicht, so spricht dies allein schon dafür, daß die fremde Währung lediglich als Rechnungsfaktor für die heimische dienen sollte.

In Zeiten starker Schwankungen der heimischen Währung kann endlich zwischen Inländern eine Fremdwährungsschuld begründet werden lediglich zu dem Zweck, eine verkehrsgebräuchliche oder nicht vorhandene Wertrechnung für die heimische Währung zu ersetzen. So z. B., wenn unter derartigen Verhältnissen Waren im Inland gegen fremde Valuta verkauft werden. Soweit nach dem Parteiwillen die fremde Währung lediglich zur Wertberechnung dienen sollte, liegt trotz der äußeren Form einer Valutaschuld nur eine valorisierte Heimwährungsschuld vor. Am bedeutsamsten ist natürlich nicht der letzte Fall — hier bekommt der Gläubiger immer den Wert des geschuldeten Betrags und die Frage, ob dieser Wert in der fremden oder in der heimischen Währung darzustellen ist, kann höchstens für den Schuldner bei Beschaffungsschwierigkeiten der fremden Währung von einigermaßen erheblicher Bedeutung sein. Anders ist es, wenn die fremde Währung nur als Rechnungsfaktor für einen im Grunde gewollten festen Betrag der heimischen Währung aufgeführt ist, da der Gläubiger hier ohne Rücksicht auf die spätere Kursentwicklung der Valuten nur einen von vornherein festbestimmten Betrag der heimischen Währung verlangen und der Schuldner nur diesen zu leisten braucht.

IV. Als Merkmale der echten Fremdwährungsschuld wurden die Bestimmung des Schuldinhalts nach einem x-fachen einer fremden Rechnungseinheit und ihr Charakter als Wertschuld aufgestellt. Das letzte Merkmal wurde dann als vorliegend erachtet, wenn die fremden Geldzeichen nicht ausschließlich und allein gerade wegen ihrer speziellen Funktionen gegenüber einer andern Währung geschuldet sind,

[36]) Vgl. OLG. Hamburg, Hans. GZ. 1922 S. 181. Ein deutscher Offizier der Hamburg-Amerika-Linie bekam während seiner Internierung im Kriege einen Teil seines in Dollar bemessenen Gehalts von der Hamburg-Amerika-Linie jeweils gutgeschrieben mit der Bestimmnug, daß der Gesamtbetrag nach Kriegsende ausbezahlt werden sollte. Hier nahm das Gericht auch unter Berücksichtigung mitsprechender Billigkeitsgründe nur eine Markschuld unter Umrechnung auf den Kurs des Tages der Gutschrift an, weil eine deutsche Reederei nicht daran denke, ihre deutschen Angestellten in Deutschland anders als in deutscher Währung zu bezahlen.

vielmehr lediglich eine geldliche Darstellung des durch die fremde Währung ausgedrückten Werts dem Parteiinteresse zu Grunde liegt. Diese Interessenlage ist dann nicht gegeben, wenn es dem Gläubiger gerade nur auf die Geldzeichen der vereinbarten fremden Währung ankommt.

Wird z. B. ein Rechtsgeschäft abgeschlossen, wonach der eine Teil dem andern gegen Zahlung eines bestimmten Betrags in heimischer Währung einen bestimmten Betrag in ausländischer Währung (Sorten) zu liefern hat, so ist es offensichtlich, daß die Leistungsobjekte nur um ihrer selbst und ihrer Eigenart willen geschuldet sind. Hier tritt das gegenständliche Interesse vor das Wertinteresse und hat ausschließliche Bedeutung. Es ist zwar Geld geschuldet, auch als x-faches einer Rechnungseinheit, aber in rechtlicher Hinsicht nicht wie Geld als Inhalt einer Geldschuld, sondern in gleicher Weise wie eine Ware. Genau so wie die nationalökonomische Lehre das ausländische Geld, sobald es dem inländischen auf dem Markte begegnet, als Ware und den Kurs, zu dem sich die Umsätze zwischen inländischem und ausländischem Geld vollziehen, als einen nach allgemeinen Gesetzen zu Stande gekommenen Preis für das ausländische Geld ansieht [37]), genau so kann in rechtlicher Hinsicht das zwischen den Parteien abgeschlossene Geschäft nicht anders als nach den Grundsätzen des Kaufs beurteilt werden. Die Parteien wollten nicht eine Geldschuld mit all ihren Auswirkungen begründen, sondern die fremden Geldzeichen in gleicher Weise wie sonstige vertretbare Sachen schulden. Das ist, soviel zu ersehen ist, unbestritten [38]). Deshalb wird hier der Schuldner bei einer Unmöglichkeit (z. B. infolge Kriegszustands, gesetzl. Verbote u. dgl.) frei. Im Falle des Verzugs sind keine gesetzlichen Zinsen zu zahlen. Der Käufer kann aber wie sonst im Warenhandel sich das fremde Geld durch einen Deckungskauf beschaffen und den Käufer für den Preisunterschied haftbar machen. Ist das fremde, als species verkaufte Geld gefälscht, so kann der Käufer wegen Sachmangels wandeln [39]). Die Zwangsvollstreckung erfolgt nicht nach den Regeln der §§ 803 ff. ZPO., sondern nach den Bestimmungen über die Erwirkung der Herausgabe vertretbarer Sachen. (§ 883 ff. ZPO.). Hier hat es Sinn, den Gläubiger, soweit er nicht von vornherein den Weg des § 283 BGB. beschritten hat, auf diesen Weg zu verweisen, weil das Erfüllungsinteresse in heimischer Währung im Ein-

[37]) Helfferich S. 468.
[38]) Nußbaum S. 201; OLG. Hamburg Hans. GZ. 1921 S. 1, 175; 1923 S. 201; RG. Hans. GZ. 1924 S. 233; Oesterr. Ob. GH. Rspr. VI S. 26.
[39]) RG. Hans. GZ. 1924 S. 233.

zelfall den verschiedensten Umfang annehmen kann. Im übrigen sind für die Behandlung dieser Geschäfte in der Regel auch die Bräuche und Regeln des Börsen- und Bankverkehrs zu beachten [40]).

Nach Außbaum ist diese Art der Fremdwährungsschuld weder eine Geldsummen- noch eine Goldsortenschuld, sondern eine Geldsachenschuld und zwar regelmäßig eine Geldgattungsschuld [41]). Sie wird also nach dieser Auffassung gleich behandelt mit dem Fall, daß z. B. 5 Goldstücke bestimmter Art geschuldet sein sollen. Es kann aber wohl nicht in Abrede gestellt werden, daß auch bei dieser Art der Fremdwährungsschuld — was für die Erfüllung von Bedeutung ist — ein x-faches einer Rechnungseinheit ohne Rücksicht auf dessen genauere physische Beschaffenheit geschuldet ist, und daß die Schuldsumme auch durch heterogene Sachen getilgt werden kann, also gerade das Merkmal aufweist, das nach Außbaum allein maßgeblich für den Charakter einer Sachleistungsschuld als Geldschuld ist. Auch hier zeigt es sich, daß man den Begriff der Wertschuld, will man die verschiedensten bei Geldschulden möglichen Interessenlagen annähernd typisieren, nicht über Bord werfen kann. Denn diese Art der Fremdwährungsschuld unterscheidet sich gerade dadurch von andern Geldschulden, daß ihr das sonst bei Geldschulden vorhandene Wertinteresse des Gläubigers fehlt. Abgesehen davon lautet sie wie jede Geldschuld im Gegensatz zu einer reinen Geldsachenschuld auf ein x-faches einer Rechnungseinheit, das nach geldrechtlichen Regeln, aber auch unter Beachtung der Bräuche des Bank- und Börsenverkehrs vom Schuldner darzustellen ist. Sie ist ein eigener Typus einer Fremdwährungsschuld, der dadurch ausgezeichnet ist, daß die fremden Geldzeichen in gleicher Weise wie eine Ware geschuldet sind. Ihr dürfte deshalb systematisch ein Platz zwischen der Geldschuld und der Geldsachenschuld anzuweisen sein. Im folgenden soll diese Art der Fremdwährungsschuld zur Unterscheidung von der Fremdwährungsschuld mit dem Charakter einer Wertschuld als Fremdwährungswarenschuld bezeichnet werden [42]).

---

[40]) Außbaum S. 202.

[41]) Außbaum S. 201.

[42]) Außbaum S. 201 will im Anschluß an § 54 des Reichsausgleichsgesetzes vom 20. 11. 23 (RGBl. I S. 1135), der zwischen Verpflichtungen auf „Lieferung ausländischer Zahlungsmittel" und solchen zur „Zahlung in ausländischer Währung" unterscheidet, die ersteren als „Zahlungsmittelschulden" bezeichnen. Der Unterschied, der im Gesetz lediglich durch die Bezeichnung „Zahlen" = Erfüllen einer Geldschuld und „Liefern" = Erfüllung einer Warenschuld hervorgehoben wurde, wird dadurch nicht wiedergegeben, da in beiden Fällen Zahlungsmittel geschuldet sind.

§ 7.

Fremdwährungs- und Heimwährungsschuld.

I. Heimwährungs- und Fremdwährungsschulden sind beide Unterarten der Geldschuld. Sie unterscheiden sich lediglich in ihren Leistungsobjekten, die wegen ihrer Beziehungen zu verschiedenen Rechnungseinheiten Funktionsunterschiede aufweisen. Die Geldfunktionen des ausländischen Geldes sind im Inland wie umgekehrt die des inländischen Geldes im Ausland grundsätzlich auf die Funktion als Zahlungsmittel für Geldschulden derselben Währung beschränkt. An sich ist es deshalb nicht dasselbe für den Fremdwährungsgläubiger, ob er Geldzeichen der bedungenen fremden Währung oder solche seiner eigenen oder des Schuldners heimischen Währung erhält. Der Verschiedenartigkeit der Materien entspricht aber wirtschaftlich betrachtet keine Verschiedenartigkeit der Bedürfnisse der beiden Geldgläubiger. Abgesehen von der Fremdwährungswarenschuld, bei der sich die gläubigerischen Interessen ausschließlich auf die Geldzeichen der vereinbarten Währung konzentrieren, kommt es dem Fremdwährungs- wie dem Heimwährungsgläubiger in gleicher Weise auf die Inhaberschaft eines bestimmten geldlichen Vermögenswerte an, dessen Höhe durch die Schuldsumme festgelegt ist. Dieser Vermögenswert läßt sich gerade so gut in inländischen wie in ausländischen Geldzeichen darstellen, da beide in einem stets feststellbaren Wertverhältnis zu einander stehen und infolge eines weit ausgedehnten, über die ganze Welt verzweigten Bankverkehrs auf einfache Weise und unter normalen Verhältnissen auch jederzeit gegen einander ausgetauscht werden können [1]). Zwar ist jede Heimwährungsschuld in Geldzeichen der heimischen Währung und jede Fremdwährungsschuld grundsätzlich in Geldzeichen der geschuldeten fremden Währung zu erfüllen. Beide stellen aber in ihrer schuldrechtlichen Funktion, dem Geldgläubiger einen geschuldeten Wert zu verkörpern, denselben zur Bedürfnisbefriedigung noch reichenden Interessenwert dar. Bei der Heimwährungsschuld tritt dies praktisch weniger in Erscheinung, denn hier greifen in erster Linie die heimischen Währungsgesetze ein, nach denen der Heimwährungsgläubiger eben nur Geldzeichen der heimischen Währung anzunehmen braucht und dies auch ganz überwiegend tun wird. Anders ist es bei Fremdwährungsschulden. Bereits bei der Unmöglichkeit der Leistung der Geldzeichen der vereinbarten Währung und vor allem in der Zwangsvollstreckung der Fremdwährungsschuld zeigte

[1]) Vgl. auch Frankenstein II S. 281.

sich die nahe schuldrechtliche Beziehung heimischer zu fremden Geldzeichen. In beiden Fällen erhält der Fremdwährungsgläubiger den Wert des geschuldeten Valutabetrags in heimischer Währung. Ein weiterer wichtiger Fall wird durch den auch in vielen fremden Rechten anerkannten Grundsatz gebildet, daß der Fremdwährungsschuldner sich unter bestimmten Voraussetzungen auch durch Zahlung inländischen Geldes von seiner Verbindlichkeit befreien kann. So bestimmt § 244 BGB., daß die Zahlung einer in ausländischer Währung ausgedrückten Geldschuld, wenn sie im Inlande zu zahlen ist, in Reichswährung erfolgen kann, es sei denn, daß Zahlung in ausländischer Währung ausdrücklich bedungen ist. Die Umrechnung erfolgt nach dem Kurswerte, der zur Zeit der Zahlung für den Zahlungsort maßgebend ist [2]).

II. Durch diese Bestimmung wird dem Fremdwährungsschuldner die Befugnis zuerteilt, an Stelle der an sich geschuldeten Geldzeichen der fremden Währung solche der inländischen Währung zu leisten und sich dadurch von seiner Verbindlichkeit zu befreien. § 244 BGB. enthält einen Fall der sogenannten facultas alternativa [3]). Das Reichsgericht, das dieser Auffassung zustimmt, sieht eine Abweichung von der facultas alternativa darin, daß der Schuldner, möge er in heimischer oder fremder Währung erfüllen, sich stets durch Zahlung in Geld befreie, jene Befugnis also nur innerhalb des Begriffs der Zahlung eine Verschiedenheit der Leistung begründe [4]). Da bloß die Modalitäten der Zahlung verschieden sind, will Siber überhaupt hier keine facultas alternativa annehmen; der Gläubiger habe den Wert zu fordern, den der Schuldner nach seiner Wahl in inländischer oder ausländischer Währung leisten

---

[2]) Denselben Grundsatz kennen z. B. Schweiz. Obl.R. 84 Abs. 2, Ital. c. com. 39, der von der italienischen Rechtsprechung auch auf zivilrechtliche Verpflichtungen ausgedehnt wurde (Ascarelli S. 804), österr. HGB. 336, der ebenfalls allgemeine Anwendung findet (v. Ohmeyer S. 275; Ehrenzweig, II 1 § 298 IV 2; Hasenöhrl I, § 18 III; a. A. v. Schey I § 17 Anm. 21). Besonders häufig ist dieser Grundsatz in den Wechselrechten enthalten. Vgl. Art. 37 der deutschen, Art. 33 der belgischen und Art. 35 der skandinavischen Wechselordnung sowie Schweiz. Ob. R. Art. 756 und holländisches HGB. Art. 156

[3]) Kipp bei Windscheid II S. 47, Oertmann Anm. 2 b zu § 244, Staub-Könige Anm. 7 b zu § 351, Außbaum S. 210. Reichel Arch. f. Ziv.Prax. Bd. 126 S. 324, Staudinger Anm. 4 zu § 244, RGR. Komm. Anm. 2 zu § 244, Gernsheim S. 237, Chamitzer S. 71. Litten S. 113, Bamberger S. 11, OLG. Hamburg Hans. GZ. 1921 S. 42. — Ebenso für österr. HGB. § 336 v. Ohmeyer S. 276, für ital. c.com. Art. 39 Ascarelli S. 804.

[4]) RG. Bd. 101 S. 313, Bd. 106 S. 80.

könne[5]). Dies dürfte vom formalen Standpunkt aus wohl zu weit gehen. Die Ersetzungsbefugnis ist ein Rechtsbegriff, der für den Fall geprägt wurde, daß der Schuldner, sei es kraft Vertrages, sei es kraft Gesetzes, ermächtigt wird, einen andern als den an sich geschuldeten Gegenstand zu leisten und sich dadurch von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Diese Rechtslage ist aber hier gegeben. Ist auch die Fremdwährungsschuld eine Wertschuld, so ist sie genau wie die Heimwährungsschuld doch a priori in Geldzeichen der vereinbarten Währung zu erfüllen[6]). Der Gläubiger kann nur fremde Währung verlangen[7]). Leistet der Schuldner heimische Geldzeichen, so erfüllt er begrifflich nicht, sondern leistet an Erfüllungsstatt. Daß die Ersatzleistung wie die geschuldete Leistung denselben Interessenwert hat, schließt die Annahme einer facultas alternativa nicht aus, denn bei jeder facultas alternativa konkurrieren zwei Leistungen, die beide auf Befriedigung desselben Bedürfnisses gerichtet sind, wie sie den Zweck des bestehenden Anspruchs bildet[8]).

§ 244 BGB. enthält eine Erfüllungserleichterung für den Fremdwährungsschuldner. Die Beschaffung der fremden Valuta ist möglicherweise und war besonders in früheren Zeiten mit Schwierigkeiten für den Schuldner verknüpft[9]). Vor allem dürfte aber das staatliche Interesse für diese Bestimmung ausschlaggebend sein, aus währungspolitischen Gründen möglichst Nachfragen nach ausländischen Geldzeichen und deren Umlauf im Inland zu vermeiden[10]). Die Ausübung der dem Fremdwährungsschuldner ge-

[5]) Planck Siber Anm. 1 zu § 244 und Vorbem. II 3 a zu §§ 262 bis 265. Zustimmend Wolff S. 640, ebenso Falkmann Mugdan S. 597.

[6]) Eine besondere Ansicht hat Kaufmann in LZ. 1921, 99 vertreten, der unter Verkennung des Unterschieds zwischen Geldsorte und Währung eine Fremdwährungsschuld dahin auslegt, daß der Schuldner soviel Geld zu zahlen habe, daß der durch den „Ausdruck" bezeichnete Wert durch die gezahlten Münzen tatsächlich dargestellt wird. Ueber die Zahlungssorte sei damit noch nichts gesagt. § 244 gebe für die in fremder Währung ausgedrückten Geldschulden den allgemeinen Rechtsgrundsatz wieder, daß in Deutschland zahlbare Schulden in Reichswährung zu bezahlen sind und bezahlt werden können, sofern nicht ein anderes vereinbart sei.

[7]) Außbaum S. 211, Staub-Koenige Anm. 7 b zu § 361; Brodmann JW. 1921, S. 441; Staudinger Anm. 4 zu § 244; RG. Bd. 96 S. 121, S. 270; Bd. 98 S. 160. Einer Umwandlung in eine Heimwährungsforderung steht natürlich bei ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis des Schuldners nichts entgegen. Vgl. oben S. 49.

[8]) Gernsheim S. 12.

[9]) Wohl aus Anlaß dieser Schwierigkeiten wurde die Ersetzungsbefugnis bei der Fremdwährungsschuld seit dem 16. Jahrhundert in der wechselrechtlichen Praxis Italiens ausgebildet. Vgl. Außbaum S. 209, 210.

[10]) Außbaum S. 210.

währten Ersetzungsbefugnis erfolgt nicht durch einseitige Willenserklärung — diese allein bindet weder den Schuldner noch berechtigt sie den Gläubiger — vielmehr durch Leistung des Ersatzgegenstandes, der Geldzeichen der heimischen Währung [11]). Die Ausübung der Ersetzungsbefugnis läßt den Schuldinhalt völlig unberührt. Durch sie tritt keine Schuldumwandlung ein in dem Sinne, daß jetzt auch statt der fremden heimische Währung geschuldet ist, wie dies nach Ausübung des Wahlrechts bei einer Alternativobligation der Fall wäre. Denn die Ersetzungsbefugnis gibt dem Schuldner nur die Rechtsmacht, etwas anderes zu leisten, nicht aber, etwas anderes zu schulden, d. h. der Schuld einen anderen Inhalt zu geben [12]). Wird die Ersatzleistung bewirkt, so geht nur um deswillen die Forderung unter, nicht aber, weil sich diese auf eine Forderung auf die Ersatzleistung verwandelt hätte, die selbst wieder durch Erfüllung erloschen wäre. — Im Prozesse kann der Schuldner die Ersetzungsbefugnis als Einrede geltend machen [13]). Tut er dies, so ist ihm sein Recht im Urteil vorzubehalten [14]). Tut er dies nicht, so wird nach der einen Ansicht darin ein einseitiger rechtswirksamer Verzicht gesehen [15]), nach einer anderen Ansicht dadurch die Möglichkeit einer Ausübung im Vollstreckungsverfahren abgeschnitten, daß man § 767 ZPO. für anwendbar erklärt [16]), während nach einer dritten, m. E. richtigen Ansicht das Fehlen der Vorbehaltsklausel im Urteil ohne Einfluß auf die Ausübung der Ersetzungsbefugnis im Vollstreckungsverfahren ist [17]).

III. Die Entstehung der Ersetzungsbefugnis ist an zwei besondere Voraussetzungen geknüpft: die Zahlung der fremden Währung darf nicht „ausdrücklich bedungen" sein und die Zahlung muß im Inlande erfolgen.

1. „Ausdrücklich bedungen" im Sinne des § 244 BGB. ist die Zahlung in fremder Währung noch nicht, wenn eine unzweideutige Verabredung über die Leistung von Geldzeichen der fremden Währung vorliegt [18]). Denn eine derartige unzweideutige Verabredung

[11]) Vgl. Gernsheim S. 51; 89; Bosse S. 13.
[12]) Gernsheim S. 89, Bosse S. 14.
[13]) Gernsheim S. 180, Bosse S. 111, Nußbaum S. 211.
[14]) Kipp bei Windscheid II S. 29, Gernsheim S. 180 Anm. 156, Bosse S. 111, RG. Bd. 109 S. 89; Bd. 101 S. 312. a. A. RG. JW. 1921 S. 442.
[15]) Kipp bei Windscheid II S. 47; Gernsheim S. 180, Bosse S. 111.
[16]) Nußbaum JW. 1920 S. 16 und Das Geld S. 211.
[17]) Staub Anm. 9 d zu § 361, Brodmann JW. 1921, S. 441, Falkmann Mugdan S. 597, Seuffert 1 a vor § 803.
[18]) Wie Wolff S. 640 und Staudinger Anm. 5 zu § 244 annimmt.

liegt jeder echten Fremdwährungsschuld zu Grunde. Zwar werden unter ausdrücklichen Willenserklärungen gegenüber den stillschweigenden mit Flad bei Planck[19]) alle Handlungen zu verstehen sein, deren man sich im Leben zu bedienen pflegt, um den Gedanken und den Willen kund zu tun. Die Frage aber, ob eine Willenserklärung, bei welcher der Wille sich nicht unmittelbar allein aus dem Wortlaut ergibt, im Sinne des BGB. eine ausdrückliche ist, läßt sich allgemein weder bejahen noch verneinen[20]). Das Reichsgericht hat in drei Entscheidungen anerkannt, daß das Wort „ausdrücklich" nicht in jedem Falle gleiche Bedeutung hat[21]). „Ueber seine Bedeutung entscheidet nicht die Ansicht über das Wesen der ausdrücklichen im Gegensatz stillschweigenden Willenserklärung, sondern es ist für die begriffliche Abgrenzung Sinn und Zweck der einzelnen Vorschriften maßgebend. § 244 Abs. 1 BGB. will mit dem Erfordernis der Ausdrücklichkeit die bei der bloßen Bestimmung der Schuld in ausländischer Valuta noch möglichen Zweifel über das Bestehen des Vertragswillens ausschließen, daß in ausländischer Währung bezahlt werden soll. Erfordert wird also vom Gesetz eine in besonderem Maße unzweideutige Offenbarung dieser Willensabsicht, die ebenso durch Worte wie durch Tatsachen von sich aufdrängender Schlüssigkeit erfolgen kann"[22]). Mit anderen Worten: Nicht die ausdrückliche Bestimmung der Schuld in fremder Währung überhaupt genügt zum Ausschluß der Ersetzungsbefugnis, — sonst wäre ja § 244 praktisch bedeutungslos, sondern hiezu ist die zweifelsfreie Willenskundgebung, daß nur in fremder Währung und in keiner andern erfüllt werde, die Ersetzungsbefugnis des Fremdwährungsschuldners selbst also ausdrücklich ausgeschlossen sein soll, erforderlich[23]). Der Wille, die Ersetzungsbefugnis auszuschließen, wird meist durch die Klausel „effektiv" kundgegeben. Er kann sich aber auch in anderer Weise, durch Worte wie „nicht anders", „in Natur", „zahlbar in der ausgedrückten Währung" oder durch schlüssige Tatsachen offenbaren. Auf Fremdwährungswarenschulden kann § 244 BGB. keine Anwendung finden, da sie keine Wertschulden sind, der Gläubiger also durch andere Geldzeichen als die der bedungenen Währung nicht befriedigt werden kann.

[19]) Komm. Vorbem. 2 a vor § 116.

[20]) Planck Komm. 2 b vor § 116.

[21]) RG. Bd. 63 S. 30, Bd. 65 S. 177, Bd. 107 S. 110. Vgl. hiezu Weigelin LZ. 1924 S. 617.

[22]) RG. Bd. 107 S. 110, Bd. 111 S. 317; RGR. Komm. Anm. 2 zu § 244.

[23]) So auch Außbaum S. 215.

2. Weitere Voraussetzung ist, daß die Fremdwährungsschuld im Inlande zu zahlen ist. Bestritten ist, ob es hier auf den Erfüllungsort im Sinne der §§ 269 und 270 Abs. 4 oder auf den wirklichen Zahlungsort, d. h. auf den Ort, wo der Gläubiger tatsächlich das Geld erhält, ankommt. Die herrschende Lehre hat sich für den Erfüllungsort entschieden [24]), während Außbaum es auf den wirklichen Zahlungsort ankommen lassen will. Er geht davon aus, daß es sich bei § 244 BGB. um die Regelung des Geldumlaufs handle, die der Gesetzgeber nur für sein Staatsgebiet treffen könne, zumal es sich um die Bevorzugung seiner eigenen Währung handle. Würde der Erfüllungsort entscheiden, so führe dies dahin, daß die Anwendung des BGB. und damit die Befugnis zur Leistung deutschen Geldes grundsätzlich für Zahlungen gefordert werde, die tatsächlich im Auslande zu bewirken sind. Das wäre ein sachwidriger Eingriff in den ausländischen Geldverkehr, den der deutsche Gesetzgeber verständigerweise nicht gewollt haben könne [25]).

Aus dem Wortlaut des § 244 BGB., bei dem Außbaum besondere Betonung auf das Wort „zahlen" legt, kann jedoch nichts für seine Absicht entnommen werden, denn Zahlung einer Geldschuld bedeutet nichts anderes als wie ihre Erfüllung [26]), für deren Ort nach § 270 Abs. 4 die Regeln des § 269 gelten sollen. Auch kann man nicht annehmen, daß § 244 BGB. eine Regelung allein des inländischen Geldverkehrs bezwecke. Wenn dies so wäre, so hätte das Gesetz nach der Art, wie das Geld vermutlich verwendet wird, ob im Inland oder Ausland, unterscheiden müssen, die Ersetzungsbefugnis also davon abhängig machen müssen, ob der Fremdwährungsgläubiger Inländer oder Ausländer ist. Das ist aber nicht geschehen. Würde bei § 244 BGB. der Ort der tatsächlichen Zahlung entscheiden, so wäre die praktische Anwendungsmöglichkeit dieser Vorschrift ganz erheblich eingeschränkt. Bei Auslandsgeschäften fände sie überhaupt keine oder nur unbedeutende Verwendung, da der ausländische Fremdwährungsschuldner, der in der Regel der Fälle in seiner eigenen Währung schulden wird, der Erfüllungserleichterung des § 244 nur selten bedarf. Diesem Umstand scheint auch Außbaum Rechnung zu tragen, wenn er nun

---

[24]) Oertmann Anm. 3 zu § 244, Planck Siber Anm. 2 zu § 244; Düringer Hachenburg Anm. 3 zu § 361. Steffens Hans. R.Zeitschr. 1920 S. 626; RG. Bd. 96 S. 272.

[25]) a. a. O. S. 215, 216

[26]) a. A. Marquardt LZ. 1922 S. 279, 280, nachdem Zahlung kein Rechtsbegriff, sondern eine Bezeichnung des Verkehrs ist, und Zahlung lediglich die Hingabe von Geld bedeutet.

auf einem Umweg doch zu dem Ergebnis kommt, daß auch der inländische Schuldner gegenüber einem ausländischen Gläubiger die Befugnis habe. Er nimmt an, daß § 270 BGB. nicht ohne weiteres auf den Verkehr mit Gläubigern im Ausland anzuwenden sei[27]), sodaß aus diesem Grunde in der Regel dem inländischen Valutaschuldner die Substitutionsbefugnis zu belassen sei[28]). Dieser Umweg hat, was sowohl die Auslegung des § 244 wie die des § 270 BGB. anbelangt, m. E. keine Stütze im Gesetz.

IV. Wenn nun unter der Voraussetzung der Inlandszahlung und des Fehlens der Effektivklausel, womit der Kürze halber alle auf die Parteiabsicht zurückgehenden Ausschlußmomente der Ersetzungsbefugnis bezeichnet sein sollen, der Fremdwährungsschuldner dem Gläubiger Geld deutscher Währung „aufdrängen" darf, so fragt es sich, wieviel er deutsches Geld zu leisten hat, um von seiner Verbindlichkeit befreit zu werden. Die Antwort gibt § 244 Abs. 2: Maßgebend soll der Kurswert zur Zeit der Zahlung für den Zahlungsort sein.

Das Kursproblem spielte in den Inflationsjahren eine große Rolle, denn die beträchtlichen Valutaschwankungen ließen einer verschiedenen Beurteilung dessen, was im Gesetz unter Zahlungszeit verstanden sein soll, weittragende Auswirkungen zukommen. Vorher war die Ansicht, daß Zahlungszeitpunkt nicht der Zeitpunkt, an dem tatsächlich gezahlt wird, sondern an dem gezahlt werden soll, also der Zeitpunkt der Fälligkeit sei, vielfach in der Literatur vertreten[29]). Auch das Reichsgericht stellte sich anfänglich in zwei Entscheidungen auf diesen Standpunkt mit der Begründung, daß das Gesetz die Umrechnung offenbar auf einen festen Boden stellen wolle, und daß dieser Zweck dadurch vereitelt werden würde, wenn unter Zahlungszeit und Zahlungsort im Sinne des § 244 Abs. 2 BGB. die Zeit und der Ort zu verstehen wären, wo zufällig oder nach Willkür des Schuldners geleistet wird[30]).

Diese Auffassung wurde einer lebhaften Kritik unterzogen[31]), da bei Sinken der deutschen Währung zwischen dem Tag der Fälligkeit und der wirklichen Zahlung der Gläubiger nicht den vollen Gegenwert des Valutabetrages in heimischer Währung erhält. Es kann

[27]) a. a. O. S. 73.
[28]) a. a. O. S. 216.
[29]) Schollmeyer Anm. 3 zu § 244, Oertmann 4. Aufl. Anm. 3 zu § 244, Staudinger 7./8. Aufl. Anm. 3 zu § 244.
[30]) RG. Bd. 96 S. 123 und S. 264. Ebenso OLG. Dresden JW. 1918 S. 275. OLG. Hamburg Hans. R.Zeitschr. 1920 S. 327.
[31]) Vgl. Nußbaum JW. 1920 S. 15, Weinhagen JW. 1920 S. 594, Reichel, Hans R.Zeitschr. 1920 S. 733 ff., Brodmann JW. 1921 S. 441.

keinem Zweifel unterliegen, daß durch die Ersetzungsbefugnis des § 244 nicht das Wertinteresse des Fremdwährungsgläubigers beeinträchtigt werden sollte. § 244 beruht, wie Brodmann mit Recht hervorhob, „in dem Gedanken der allezeit gegenwärtigen Aequivalenz des deutschen Geldes mit dem ausländischen nach Kursstand“ [32]). Würde der Kurs sich nach dem Zeitpunkt der Fälligkeit richten, so würde dies dem Schuldner die Möglichkeit geben, auf Kosten des Gläubigers zu spekulieren [33]), denn bei Sinken der heimischen Währung nach dem Fälligkeitstag hat der Schuldner durch Ausübung der Ersetzungsbefugnis nur so viel zu bezahlen, als es dem niederen Kurswerte am Fälligkeitstage entsprechen würde, während bei einem Steigen der heimischen Währung er seinerseits weniger heimisches Geld aufbringen muß, um sich das ausländische Geld zum Zweck der Effektivleistung zu beschaffen, als es am Fälligkeitstage der Fall gewesen wäre. Diese in keiner Weise gerechtfertigte Spekulationsmöglichkeit wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gläubiger auf die Geltendmachung des ihm durch eine ungünstige Kursdifferenz zwischen Tag der Fälligkeit und dem der tatsächlichen Zahlung entstandenen konkreten Schadens nach § 286 BGB. verwiesen wird. Denn der Verzug setzt grundsätzlich eine Mahnung voraus, außerdem, daß die Leistung infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes unterbleibt. Der Schuldner kommt also nicht ohne weiteres mit der Fälligkeit in Verzug. Die Kursdifferenz zwischen Fälligkeitstag und Tag des Verzugseintritts bliebe daher immer noch ungedeckt [34]).

Wird in fremder Währung kontrahiert, so trägt immer ein Teil und zwar immer der, für den die Währung eine fremde ist, mag es Gläubiger oder Schuldner sein, die Gefahr der Aenderung des Wertverhältnisses der heimischen und der fremden Währung. Trägt der Gläubiger die Gefahr, so besteht keine Veranlassung, ihm mit Eintritt der Fälligkeit seiner Forderung, in der sich sonst sein Recht verstärkt, eine neue Gefahr aufzubürden, die darin bestände, daß er trotz eines für ihn günstigen Kurses einen geringeren Gegenwert bekäme, als was er zu beanspruchen hat. Trägt aber der Schuldner das Valutarisiko, so besteht hier keine Veranlassung, mit der Fälligkeit der Forderung das Valutarisiko auf den Gläubiger abzuwälzen. Wer das Valutarisiko trägt, hat es auch in seinem ursprünglichen Umfang grundsätzlich bis zum Ende der Obligation,

[32]) JW. 1921 S. 441.
[33]) Außbaum JW. 1920 S. 15 und Das Geld S. 212.
[34]) Vgl. Weinhagen JW. 1920 S. 594, Außbaum S. 212, Bamberger S. 8, RG. Bd. 101 S. 312 ff.

bis zur Erfüllung zu tragen. Ausnahmen hiervon lassen sich nur durch besondere, vom Gesetz berücksichtigte Umstände rechtfertigen, so, wenn der Gläubiger in Annahmeverzug geraten ist oder wenn ähnliche, lediglich in der Person des Gläubigers liegende Umstände eingetreten sind, die eine durch die Erfüllung herbeiführbare Befreiung des Schuldners vom Valutarisiko verhinderten [35]). Auch aus diesem Gesichtspunkt kann bei dem klaren Wortlaut des § 244 BGB. unter Zahlungszeit nur der Zeitpunkt verstanden werden, an dem tatsächlich gezahlt wird. Das zeigt auch schon ein Vergleich zu Art. 37 Wechselordnung und Art. 336 des alten deutschen HGB., den Vorbildern des § 244 BGB., in denen ausdrücklich der Fälligkeitszeitpunkt für die Umrechnung zu Grunde gelegt wird. Aus der Abweichung kann unbedenklich entnommen werden, daß in § 244 BGB. eben nicht der Fälligkeitszeitpunkt entscheidend sein soll [36]).

Kein Raum ist sonach auch für die Meinungen, die den Fälligkeitszeitpunkt zwar grundsätzlich unterstellen wollen, einem Schaden des Gläubigers aber bei Sinken der heimischen Währung auf besondere Weise entgegensteuern wollen, sei es, daß dem Gläubiger die Kursdifferenz zwischen Zahlungszeitpunkt und Fälligkeitstag schlechthin ohne Rücksicht auf einen Verzug zugebilligt wird [37]), während es bei Steigen der heimischen Währung beim Fälligkeitszeitpunkt bleibt, oder daß man, was dasselbe ist, überhaupt den höheren der beiden Kurse am Fälligkeits- und Zahlungstag zu Grunde legen will [38]). Hier wird, um mit Brodmann [39]) zu sprechen, unvermerkt schließlich doch der Absatz 2 des § 244 in dem Sinne angewendet, der abgelehnt wird.

Die Auffassung, daß unter Zahlungstag der Zeitpunkt zu verstehen ist, an dem tatsächlich gezahlt wird, hat, nachdem der erste Zivilsenat des Reichsgerichts (Bd. 98 S. 160) sie bereits anerkannt

[35]) So z. B., wenn der Verkäufer, der die Ware in fremder Währung verkauft hat, zu spät liefert oder wenn der Valutagläubiger den empfangenen Valutascheck nicht innerhalb der Präsentationsfrist einlöst. Vgl. Außbaum S. 215; in JW. 1920 S. 15 will Außbaum in analoger Anwendung des § 300 Abs. 2 BGB. den Schuldner dann vom Valutarisiko befreien, wenn er durch ein gesetzliches Zahlungsverbot daran gehindert worden ist, an den Gläubiger im feindlichen Ausland zu leisten. Zustimmend Brodmann JW. 1921 S. 441 für im Inland wohnende Gläubiger.

[36]) Außbaum JW. 1920 S. 13; RG. Bd. 98 S. 160.

[37]) KG. in Rspr. OLG. Bd. 40 S. 307. Ebenso ital. Ob. GH. vom 30. Juni 1928, mitgeteilt von Massarani S. 270.

[38]) So Reichel in Hans. R.Zeitschr. 1920 S. 733.

[39]) JW. 1921, S. 441 .

hatte, in einer Plenarentscheidung (Bd. 101 S. 312—320) ihren definitiven Sieg davon getragen. Sie ist jetzt herrschende Lehre [40]).

Auch in Frankreich, Belgien, Holland, Rumänien und Jugoslavien erfolgt die Umrechnung nach dem Kurs des Zahlungszeitpunkts; in der schweizerischen, italienischen und der ungarischen Rechtsprechung wird dagegen im Anschluß an den Wortlaut des Gesetzes am Fälligkeitstag festgehalten [41]). In Oesterreich ist trotz des Art. 336 HGB., aus dem eine allgemeine Ersetzungsbefugnis für den Fremdwährungsschuldner abgeleitet wird, und der den Fälligkeitszeitpunkt entscheiden läßt, in Lehre und Uebung die Ansicht durchgedrungen, daß der Kurs des wirklichen Zahlungstags entscheidet [42]).

Wenn der Schuldner sonach die Ersetzungsbefugnis ausübt, so hat er dem Gläubiger soviel Geld der heimischen Währung zu bezahlen, als es dem Kurswert zum Zahlungszeitpunkt entspricht. Dies gilt auch bei vorzeitiger Zahlung. Bei Uebermittlung des Betrages entscheidet der Zeitpunkt des Zahlungseingangs [43]). Vor evtl. Nachzahlungen kann sich der Schuldner nur dadurch schützen, daß er einen bestimmten Tag vor Zahlungseingang als Stichtag mit dem Gläubiger vereinbart. Bei Verschiedenheit der Kurse am Zahlungszeitpunkt entscheidet nicht der des Erfüllungsorts, sondern der des wirklichen Zahlungsortes [44]), denn es kommt nicht darauf an, daß der Schuldner das Aequivalent der fremden Valuta nach seinen örtlichen Verhältnissen leistet, sondern darauf, daß der Gläubiger durch den ihm zugegangenen Wert in die Lage versetzt wird, bei sofortigem Zugreifen den ausländischen Währungsbetrag sich anzuschaffen [45]). Hat ein Ort keine eigene Kursnotierung, so ist der Kurs desjenigen Börsen- oder Handelsplatzes zu Grunde zu legen, zu dessen Bereiche der Zahlungsort gehört [46]). Der Kurs selbst, nach

[40]) Bereits früher haben diese Ansicht vertreten: Wolff S. 641, Wieland Zeitschr. f. Handelsr. 1920 S. 307, Düringer Hachenburg Anm. 3 zu § 361; Planck Siber Anm. 2 zu § 244, Kipp bei Windscheid II S. 47. Ebenso Außbaum S. 213, Brodmann JW. 1921 S. 441, Enneccerus § 231 II, 1 Anm. 6, Leonhard Schuldrecht S. 112, RGR. Komm. Anm. 3 zu § 244, Weinhagen JW. 1920 S. 594, Bamberger S. 18. Jetzt auch Staudinger 9. Aufl. Anm. 6c zu § 244 und Oertmann 5. Aufl. Anm. 3 zu § 244.

[41]) Vgl. Außbaum S. 213, 214. Für die ital. Rechtspr. Ascarelli S. 805 und Massarani S. 269.

[42]) Ehrenzweig II, 1 § 298 IV, 2 und Ohmeyer S. 296 ff.

[43]) Bamberger S. 19.

[44]) RGR. Komm. Anm. 3 zu § 244.

[45]) RG. Bd. 101 S. 312 ff.

[46]) Staudinger Anm. 3 zu § 244.

dem die Umrechnung geschieht, ist durchweg der Devisenkurs, also der Kurs für kurzfristige Wechsel und Auszahlungen [47]). Seine Feststellung erfolgt in Deutschland durch öffentlich rechtliche Organe (vgl. Börsengesetz § 29 ff.). Mit Außbaum ist davon auszugehen, daß es zur ausschließlichen Zuständigkeit der Börsen- und Börsenaufsichtsbehörden gehört, über die Ordnungsmäßigkeit der Kursfeststellung zu wachen, und daß somit den Gerichten in diesem Punkt weder eine Nachprüfung anvertraut noch zugemutet werden kann [48]).

Haben die Parteien für den Fall, daß der Fremdwährungsschuldner die Ersetzungsbefugnis ausübt, einen bestimmten Kurs vereinbart, so kommt natürlich dieser zur Anwendung. Ist das Valutarisiko auf den Gläubiger infolge eines Annahmeverzugs oder ähnlicher Umstände [49]) übergegangen, so ist als Stichtag der Zeitpunkt des Gefahrübergangs maßgebend.

V. Ist nach deutschem internationalem Privatrecht die Fremdwährungsschuld fremdem Recht unterworfen, so fragt es sich, ob § 244 BGB. Anwendung findet. Dies wird teilweise bejaht. Nach Außbaum ist es für die Ersetzungsbefugnis belanglos, welchem Recht das Schuldverhältnis im Ganzen unterstellt ist. Seien in Deutschland holländische Gulden zu zahlen, so sei die Ersatzleistung in Mark auch dann statthaft, wenn das Schuldverhältnis an sich nach holländischem Recht zu beurteilen ist [50]). Ebenso soll es nach Wieland genügen, daß nicht die Schuld, sondern nur deren Zahlung international-privatrechtlich dem deutschen Rechte unterworfen ist [51]). Auch nach Walker soll bei Fremdwährungsschulden im Zweifel das Recht des Zahlungsortes darüber entscheiden, ob Zahlung in fremder Währung oder in der Landeswährung des Zahlungsortes zu leisten ist [52]).

Anderer Meinung sind Zitelmann [53]), Frankenstein [54]) und Leonhard [55]), nach denen § 244 BGB. nur dann Anwendung findet, wenn die Fremdwährungsforderung deutschem Recht untersteht. Nach Wolf [56]) soll zunächst das internationale Privatrecht darüber entscheiden, ob Zahlung in der deutschen oder ausländischen Geldsorte

[47]) Außbaum S. 221. Wolff S. 641 spricht sich für den Geldkurs aus.
[48]) a. a. O. S. 61.
[49]) Vgl. oben S. 87 Anm. 30.
[50]) a. a. O. S. 216.
[51]) Zeitschr. f. Handelsr. 1920 S. 307.
[52]) a. a. O. S. 384.
[53]) a. a. O. II S. 396
[54]) a. a. O. II S. 280.
[55]) Schuldrecht S. 113.
[56]) a. a. O. S. 640/641.

zu bewirken sei. Klage also der Gläubiger vor einem ausländischen Gericht auf Zahlung, so habe das Gericht jene Frage an Hand des internationalen Privatrechts des Gerichtsortes zu beantworten. Stehe (nach internationalem Privatrecht) fest, daß der Schuldner die in ausländischer Währung ausgedrückte Schuld in deutschen Geldstücken zu zahlen habe oder darf, so käme die Umrechnungsnorm des § 244 Abs. 2 ohne Rücksicht darauf in Anwendung, ob die Schuld international-privatrechtlich deutschem Recht unterworfen ist oder nicht, denn nur die deutsche Rechtsordnung beantworte die Frage, was deutsches Geld und mit welchem Rechnungswerte etwas deutsches Geld sei.

Die Ansicht Nußbaums, Wielands und Walkers ist ganz offensichtlich von der romanischen Lehre beeinflußt, nach der die Erfüllung vielfach ganz regelmäßig einer besonderen, von dem an sich maßgeblichen Statut verschiedenen Rechtsordnung unterstellt wird [57]). Sie dürfte sich gerade hier schwerlich stichhaltig begründen lassen. Wie bei jeder Schuld, so entscheidet auch bei der Fremdwährungsschuld die an sich maßgebliche Rechtsordnung über ihre Erfüllung. Steht fest, daß in Geldzeichen der vereinbarten fremden Währung zu erfüllen ist, so ist für die Frage, durch welche Geldzeichen die fremde Rechnungseinheit darzustellen ist, das fremde Währungsrecht maßgeblich, weil nur es allein diese Frage beantworten kann [58]). Ob aber die Schuld in anderen als den Geldzeichen der vereinbarten Währung getilgt werden kann, kann nur das Recht bestimmen, dem die Schuld untersteht. Eine Anwendung des § 244 BGB. über den Weg der Vorbehaltsklausel ist nicht möglich, da diese Bestimmung nur dispositive Bedeutung hat. Untersteht eine Markschuld deutschem Recht, so ist sie, gleichgültig wo sie zu erfüllen ist, in Reichsmark zu erfüllen, denn der deutsche Gesetzgeber hat kein Interesse an der Bevorzugung einer fremden Währung [59]). Genau so ist es, wenn eine im Inland zahlbare Schweizer Franken-Forderung dem schweizerischen Rechte untersteht: ein Rechtssatz, daß die Forderung anders als in Schweizer Franken zu tilgen ist, ist dem schweizerischen Rechte fremd. Untersteht sie aber einem anderen Rechte, so entscheidet dies darüber, ob sie in Geldzeichen einer anderen Währung getilgt werden kann. Da nach der im deutschen Rechtsgebiet herr-

[57]) Vgl. Weiß IV S. 387 ff.

[58]) Vgl. oben S. 40 Anm. 20; S. 45 Anm. 11.

[59]) a. A. Nußbaum S. 216, nach dem sich bei einer in Holland zu tilgenden Markschuld, auch wenn sie deutschem Recht untersteht, nach holländischem Recht richtet, ob sie in holländischen Gulden getilgt werden kann.

schenden Ansicht die Fremdwährungsforderung prinzipiell dem Rechte des Erfüllungsorts untersteht, die Anwendung des § 244 BGB. andererseits aber voraussetzt, daß der Erfüllungsort im Inland liegt, so werden allerdings diese international-privatrechtlichen Fragen nur dort praktische Bedeutung erlangen können, wo das maßgebliche Recht sich aus besonderen Gründen nicht nach dem Erfüllungsort richtet.

---

2. Kapitel.

Die Aufrechnungslage.

§ 8.

Die Aufrechnung des BGB.

I. Schulden zwei Personen sich gegenseitig Leistungen, die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind, so können unter gewissen Voraussetzungen die beiden Forderungen, soweit sie sich decken, durch Aufrechnung zum Erlöschen gebracht werden. Nach deutschem Recht erfolgt die Aufrechnung durch einseitige, empfangsbedürftige, unbedingte und unbefristete Willenserklärung (§ 388 BGB.). Sie bewirkt, daß die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenüber getreten sind (§ 389 BGB.). Das Recht zur Aufrechnung ist ein Gestaltungsrecht. Es entsteht kraft Gesetzes dann, wenn eine Reihe einzelner Erfordernisse gegeben ist, also eine ganz besondere Rechtslage eingetreten ist, die gewöhnlich als Aufrechenbarkeit oder Aufrechnungslage zweier Forderungen bezeichnet wird.

Nach der meist vertretenen Ansicht hat die Aufrechnung erfüllungsähnlichen Charakter[1]). Sie erscheint als Befriedigung des

[1]) Kipp zu Windscheid § 349 Anm. 25, Planck Vorbem. 2 zu § 387, Siber Komp. S. 82, 135, Staudinger Vorbem. 1 zu § 387. RG. JW. 1911 S. 215 Ziff. 4 und S. 979 Ziff. 2. Eingehend begründet durch Oertmann Arch. f. Ziv.Praxis Bd. 113 S. 386 ff. a. A. Weigelin S. 29 ff., der in der Aufrechnung in erster Linie eine Eigenbefriedigung des Aufrechnenden sieht. Ihm angeschlossen Lang S. 68. Nach Feder S. 490. 491, 497, Leonhard Schuldr. S. 613 und Reichel in Jh. Jahrb. Bd. 60 S. 38 ff. ist die Aufrechnung sowohl als Befriedigung des Gegners wie zugleich des Aufrechnenden anzusehen. Dagegen Oertmann a. a. O.

Gläubigers durch einseitige Befreiung von seiner Schuld [2]), sie ist Tilgung einer Schuld durch Aufopferung einer Gegenforderung. Sie steht aber nicht der Erfüllung gleich: „rechtlich nicht, weil keine Partei dadurch erhält, was sie zu fordern hat, nämlich Barerfüllung. Wirtschaftlich nicht, weil es dem Zahlungsunfähigen nicht dasselbe ist, zu erhalten und zu schulden wie nichts zu erhalten und nichts zu schulden. Nur in einer, nicht wirtschaftlichen, sondern rechtlichen Beziehung haben beide gleichen Erfolg: der Vermögensbestand ist auf beiden Seiten nach der Kompensation regelmäßig derselbe wie nach der Erfüllung“ [3]). Durch die Aufrechnung wird nicht geleistet, durch sie wird lediglich das Ergebnis hergestellt, wie wenn man die bisher bloß geschuldete eigene Leistung schon wirklich entrichtet hätte [4]). Man hat so die Aufrechnung auch schon als Surrogat der Zahlung bezeichnet [5]).

II. Vielfach wird als Zweck der Aufrechnung die Vermeidung baren Hin- und Hergebens angeführt [6]). Sicher ist, daß die Aufrechnung diese Wirkung hat. Man kann aber nicht annehmen, daß diese Wirkung immer im Parteiinteresse liegt. Denn bei solcher Betrachtungsweise würde, wie Oertmann bemerkt [7]), die Aufrechnung überall den gemeinsamen Interessen beider Teile entsprechen, und es wäre sinnlos, daß man gewisse Forderungen mit einem Aufrechnungsprivileg gegen eine derartige Form zu schützen Anlaß genommen hat [8]). Auch kann man nicht annehmen, daß die Aufrechnung den Schuldner davor schützen soll, im Hinblick auf die Ungewißheit der gegnerischen Leistung oder unter Berücksichtigung einer besonderen Interessenlage [9]) nicht selbst leisten zu müssen, denn zu dieser Zweckerreichung hätte es vollauf genügt, wenn der Gesetzgeber dem Schuldner unter denselben Voraussetzungen statt eines Aufrechnungsrechtes ein Zurückbehaltungsrecht gegeben hätte. Die Aufrechnung hat aber materielle Tilgungsfunktionen. Der Aufrechnende bringt seine Schuld zum Erlöschen, ohne daß er selbst leistet oder der Gegner Zug um Zug mit der eigenen Leistung zu erfüllen hat. Durch die Aufrech-

[2]) Feder S. 490.
[3]) Siber Komp. S. 18.
[4]) Oertmann Arch. f. Ziv.Praxis Bd. 113 S. 411.
[5]) Staudinger Vorbem. 1 zu § 387, Feder S. 488.
[6]) Eisele S. 253, Wendt Pandekten S. 576, Kipp zu Windscheid II S. 428, 429 N. 3 a. E., Dernburg Bürgerl. Recht II S. 283 und Compensation S. 2.
[7]) Archiv f. Ziv.Praxis Bd. 113 S. 441.
[8]) Vgl. auch Weigelin S. 22 ff., Ehrenzweig I, 2 § 348.
[9]) Vgl. §§ 406, 268 BGB.

nung wird dem Schuldner eine facultas alternativa gegeben[10]), den Gläubiger an Stelle der effektiven Leistung mit der Befreiung von seiner Schuld abzuspeisen.

Die Aufrechnung enthält damit eine wesentliche Erfüllungserleichterung für beide Teile in ihrer Eigenschaft als Schuldner[11]). Diese Erfüllungserleichterung erklärt sich aber nicht immanent aus den Rechtsbeziehungen der beiden Teile, auch nicht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben[12]). Nicht aus Billigkeits-, sondern aus Zweckmäßigkeitsgründen wird aufgerechnet. Soweit die Parteien auch ohne Leistungsaustausch durch Befreiung von einer Schuld in ihrem Vermögen gleichgestellt werden können, also auch ohne Leistung in vermögensrechtlicher Beziehung dasselbe Ergebnis hergestellt werden kann wie mit der Leistung, entspricht es einem allgemeinen ökonomischen Prinzip, diesen Erfolg auf dem einfacheren, Kräfte sparenden Weg der Nichtleistung herbeizuführen[13]). Unter diesen Voraussetzungen erscheint der Leistungsaustausch an sich unwirtschaftlich. Mit der Aufrechnung wollen nun nicht die Parteien diesen unwirtschaftlichen Leistungsaustausch verhindern. Denn jeder Teil hat, wie Oertmann ausführt[14]), ein Interesse daran, nicht bar leisten zu müssen, sondern aufrechnen zu können, und bar zu empfangen, nicht durch Aufrechnung abgespeist werden zu können. Aber der Gesetzgeber hat aus wirtschaftspolitischen Gründen ein Interesse daran, daß sich die Rechtsbeziehungen der Parteien nach ökonomischen Grundsätzen gestalten. Die Aufrechnung hat eine hohe volkswirtschaftliche Bedeutung. Man darf dafür nur an das Hauptanwendungsgebiet der Aufrechnung, die Geldschulden, und an die Wichtigkeit erinnern, die die Einschränkung baren Geldumlaufs für das gesamte Wirtschaftsleben hat. Um diesen wirtschaftlichen Anforderungen gerecht zu werden, gibt die Rechtsordnung unter gewissen Voraussetzungen dem einen Teile die Möglichkeit der Aufrechnung und opfert diesem Zweck das Interesse des Gegners an

[10]) Oertmann Arch. f. Ziv.Praxis Bd. 113 S. 412.

[11]) Darauf hat besonders Ehrenzweig I, 2 § 348 1 abgestellt: „Gestritten wird um die Aufrechnung gewöhnlich dann, wenn die hin und her zu schickenden Mittel einfach nicht vorhanden sind. Der Schuldner will aufrechnen, weil er seine Schuld in anderer Weise nicht tilgen kann, oder er will aufrechnen, weil er seine Gegenforderung in anderer Weise nicht hereinbringen kann."

[12]) Vgl. hiezu Weigelin S. 25 ff., Lippmann Jh. Jahrb. Bd. 32 S. 237, S. 239 Anm. 1. Nach Weigelin hatte die Verwendung der exceptio doli bei der Aufrechnung im römischen Rechte keine andere Bedeutung als die Rechtfertigung des materiellen Noterbenrechts durch den Satz, daß ein Erblasser, welcher seinem nächsten Verwandten nichts zuwende, als geistig nicht gesund anzusehen sei. Vgl. a. a. O. S. 28 Anm. 15.

[13]) Vgl. auch Heck S. 181.

[14]) Arch. f. Ziv.Praxis Bd. 113 S. 441.

der Barerfüllung. Mit der Aufrechnung wird „der ökonomische Endzweck des Forderungsrechts über die rechtliche Form gestellt, welche zur Verwirklichung jenes Zwecks ins Leben gerufen wurde, dem höheren Gesichtspunkt vernünftiger und zweckmäßiger Ausgleichung eines Komplexes von Rechtsverhältnissen die einseitige Betonung der einzelnen Forderung als selbständigen Rechtsindividuums untergeordnet, dem Nutzen gegenüber der strengen Konsequenz Raum geschafft“ [15]).

III. Das Aufrechnungsrecht entsteht nun kraft Gesetzes, wenn

1. zwei gültige Forderungen vorhanden sind. Nichtige Forderungen sind nicht aufrechnungsfähig. Dagegen hindert bloße Anfechtbarkeit die Aufrechnung nicht [16]). Ebenso können beide Forderungen auflösend bedingt sein [17]). Gleichgültig ist der Rechtsgrund, Vertrag oder Gesetz. Speziell bei Valutaschulden ist zu beachten, daß gelegentlich das Gesetz, obwohl sonst unter normalen Verhältnissen die Eingehung einer Verbindlichkeit in fremder Währung nicht verboten ist, die Verwendung der heimischen Währung zwingend gebietet, so daß für diese Fälle die Begründung einer Valutaschuld nach § 134 BGB. nichtig sein kann. So bestimmt § 115 GO., daß die Gewerbetreibenden die Löhne ihrer Arbeiter in Reichswährung zu berechnen haben. Die Devisenordnungen, durch welche die Eingehung von Verbindlichkeiten in fremder Währung zum Schutze der heimischen Währung in und noch nach der Inflation in erheblichem Maße eingeschränkt wurde [18a]), sind heute nicht mehr in Geltung.

2. Ferner müssen zwei gegenseitige Forderungen in dem Sinne vorliegen, daß auf jeder Seite Gläubiger der einen zugleich Schuldner der andern ist, ohne daß beide Forderungen aus ein und demselben Rechtsverhältnis entstanden zu sein brauchen. Der Aufrechnungsberechtigte muß eine eigene Forderung gegen einen Dritten haben, dem er zugleich selbst schuldet. Deshalb kann der Bürge nicht mit einer dem Hauptschuldner zustehenden Forderung, der Eigentümer eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks oder einer verpfändeten Mobilie nicht mit einer Forderung des persönlichen Schuldners aufrechnen [18]). Ebenso wenig kann ein Gesamtschuldner

[15]) Dernburg Compensation S. 2.
[16]) Schollmeyer § 390, Anm. 2, Enneccerus I, 2 § 293 II. Weigelin S. 35, Lang S. 5, Leonhard Schuldrecht S. 615.
[17]) Schollmeyer § 388 Anm. 2 b., Weigelin S. 54, 61, Siber Komp. S. 116.
[18]) Vgl. aber §§ 770 Abs. 2, 1137, 1211 .
[18a]) Vgl. oben S. 1, Anm. 1.

die Forderung eines andern Gesamtschuldners, oder ein Gesellschafter die Forderung eines andern Gesellschafters oder ein Schuldübernehmer die Forderung des Altschuldners zur Aufrechnung bringen. § 422 Abs. 2, 417 Abs. 1 Satz 2. Diese eigene Forderung des Aufrechnungsberechtigten muß sich gegen den richten, dem er selbst schuldet. Deshalb kann nicht aufrechnen, wer einer Gesellschaft schuldet und nur von einem Gesellschafter fordern kann, oder wer eine Forderung gegen einen Miterben hat, aber an den Nachlaß schuldet, § 719 Abs. 2, § 2040 Abs. 2.

Von dieser Identität von Schuldner und Gläubiger gibt es jedoch im Gesetz wichtige Ausnahmen. Nach § 406 kann der Schuldner nach Abtretung der Forderung mit einer ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehenden Forderung auch gegenüber dem neuen Gläubiger aufrechnen, wenn die Forderung vor Kenntnis der Abtretung erworben und sie nicht nach Erlangung der Kenntnis, und zwar später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist. Diese Bestimmung soll den Schuldner vor der Vereitelung der Aufrechnungslage durch den andern Teil schützen. Hat der Schuldner keine Kenntnis von der Abtretung, so kann er dem bisherigen Gläubiger gegenüber als Nichtschuldner mit einer ihm gegen diesen zustehenden Forderung mit Wirkung gegen den neuen Gläubiger aufrechnen (§ 407): der Schuldner soll aus der Unkenntnis der Abtretung keine Nachteile haben. In beiden Fällen ist die Identität von Gläubiger und Schuldner in der Person des Aufrechnungsgegners aufgehoben. Eine Anzahl spezieller, auf dem Grundgedanken der §§ 406, 407 sich aufbauender Bestimmungen ergänzen diese Ausnahmefälle [19]).

Eine zweite Ausnahmegruppe wird durch die Fälle des sogenannten Befriedigungsrechts gebildet. Unter Berücksichtigung einer ganz besonderen Interessenlage räumt das Gesetz in gewissen Fällen einem Dritten das Recht ein, den Gläubiger eines andern selbst gegen den Widerspruch des Schuldners zu befriedigen. Hier kann der Dritte, der nicht Schuldner ist, zur Erleichterung der Ausübung seines Rechts den Gläubiger auch durch Aufrechnung mit einer ihm gegen diesen zustehenden Forderung befriedigen, so in den Fällen der §§ 268, 1142, 1150, 1192, 1200, 1107, 1224, 1249 [20]).

3. Weiterhin stellt das Gesetz für die Entstehung eines Aufrechnungsrechtes das Erfordernis auf, daß die geschuldeten Leistungen ihrem Gegenstande nach *gleichartig* sind. Die Auslegung

[19]) §§ 720, 1473, Abs. 2, 2019, Abs. 2, 2041 Satz 2, 2111 Abs. 1 Satz 2, 2140, 1070 Abs. 1. Bei §§ 574, 575 ist die Aufrechnungslage der Forderungshöhe nach beschränkt.

[20]) Vgl. unten § 10 III. 1.

dieses Erfordernisses ist von Bedeutung für die grundsätzliche Entstehung eines Aufrechnungsrechtes bei Gegenüberstehen von Heimwährungs- und Fremdwährungsforderungen. Der Begriff der Gleichartigkeit ist nicht eindeutig. Er kann in einem engeren und einem weiteren Sinne verstanden werden. Im österreichischen Recht ist das Gleichartigkeitserfordernis sehr eng gefaßt. Nach § 1438 ABGB. müssen die Forderungen so beschaffen sein, „daß eine Sache, die dem einen als Gläubiger gebührt, von diesem auch als Schuldner dem andern entrichtet werden kann". Für das BGB. wird das Erfordernis der Gleichartigkeit in genau demselben Sinne aus der Befriedigungsnatur der Aufrechnung abgeleitet: die Aufrechnung müsse wenigstens für das Vermögen des Gegners das gleiche Ergebnis haben wie die Erfüllung. Der Aufrechnende möge sich mit einem minder günstigen Erfolg begnügen, er könne aber niemals das gleiche dem Gegner zumuten. Hiernach genüge es nicht, wenn die Objekte der beiderseits geschuldeten Leistungen unter denselben Gattungsbegriff fallen; vielmehr müsse überdies das vom Gegner des Aufrechnenden geschuldete Objekt geeignet sein, ihm zur Erfüllung seines Gegenanspruchs gegeben zu werden[21]).

Der Zweck des Gleichartigkeitserfordernisses ist zweifellos der, daß die Aufrechnung dasselbe Ergebnis für das Vermögen des Gegners haben soll wie die Erfüllung. Denn in der Vermögensgleichstellung des Gegners liegt die Rechtfertigung des ganzen Aufrechnungsinstituts. Nur wenn diese durch die Aufrechnung erzielt werden kann, erscheint der Leistungsaustausch unwirtschaftlich und seine Vermeidung überhaupt zweckmäßig und geboten. Deshalb ist es wohl begründet, bei der Auslegung des Gleichartigkeitserfordernisses der Aufrechnung von ihrem von vornherein durch ihren Zweck feststehenden Ergebnis auszugehen. Worauf beruht nun die Vermögensgleichstellung? Hier ist zu sagen: in erster Linie nicht auf der Gleichartigkeit, sondern auf der Gleichwertigkeit der beiderseits geschuldeten Leistungsgegenstände. Die Vermögensgleichstellung läßt sich nur wertmäßig erfassen; sie ist dann und nur dann gegeben, wenn die beiderseits geschuldeten Leistungen einmal ihrem Gegenstande nach und weiter in dem Maße gleichwertig für den Aufrechnungsgegner sind, als sie durch die Aufrechnung ersetzt werden. Die gegenständliche Gleichwertigkeit liegt zweifellos dann vor, wenn die geschuldeten Gegenstände im naturhistorischen Sinne gleichartig sind, wenn die mit dem einen Leistungsgegenstand objektiv überhaupt erreichbaren Zwecke mit denen des andern Leistungs-

[21]) So Siber Komp. S. 109. Ebenso Kipp bei Windscheid II § 350 Anm. 8.

gegenstands genau identisch sind, jeder Leistungsgegenstand also sowohl zur Erfüllung der einen wie der andern Schuld geeignet ist. Allein in dieser engsten Gleichartigkeit erschöpft sich die Gleichwertigkeit zweier Leistungsgegenstände noch nicht. Es ist denkbar, daß zwei im naturhistorischen Sinne ungleichartige Leistungsobjekte auf Grund einer konkreten Interessenlage für den Aufrechnungsgegner im vernünftigen Sinne denselben Interessenwert haben, so daß der Gläubiger auch dann in seinem Vermögen gleichgestellt werden kann, wenn er statt der Leistung die Befreiung von einer Schuld mit für ihn artmäßig gleichwertigen Leistungsgegenständen erhält.

Das Gleichartigkeitserfordernis ist daher nicht in einem naturhistorischen, sondern in einem wirtschaftlichen Sinne aufzufassen. Das hat schon Eisele hervorgehoben [22]). Im Grunde genommen ist dies auch in der Literatur durchaus anerkannt. Wird auf der einen Seite aus der engeren Gattung, auf der anderen Seite aus der weiteren Gattung geschuldet, z. B. Rüdesheimer und Rheinwein, so kann der Teil, der Objekte aus der engeren Gattung zu fordern hat und aus der weiteren Gattung schuldet, aufrechnen [23]). Die Begründung, daß die Aufrechnung um deswillen zulässig sei, weil der Aufrechnende seinen Gegner mit dem Gegenstand seiner Eigenforderung auch befriedigen könne, ist nur ein anderer Ausdruck für die hier vertretene Auffassung, daß für den Aufrechnungsgegner, der aus der weiteren Gattung zu fordern hat, dessen Objektinteresse also weniger eng umgrenzt ist, beide Leistungsobjekte denselben Interessenwert haben und daher als gleichartig im Sinn des § 387 BGB. anzusehen sind. Anders ist es für den Teil, der Objekte aus der engeren Gattung zu fordern hat; ihm gegenüber kann nicht aufgerechnet werden, da die beiden Leistungsgegenstände infolge der Interessenkonzentration auf die engere Gattung für ihn nicht als gleichwertig angesehen werden können. Dasselbe gilt, wenn auf der einen Seite eine bestimmte einzelne Sache, auf der andern Seite eine oder mehrere Sachen der gleichen Art geschuldet sind: gegen die Speziesforderung kann nicht, wohl aber kann gegen die Gattungsforderung aufgerechnet werden [24]). Denn nur für den Gattungsgläubiger sind beide Leistungsobjekte gleichwertig, es sei denn,

[22]) a. a. O. S. 315.

[23]) So Dernburg Compensation S. 485, Eisele S. 315, Siber Komp. S. 109 c, Schollmeyer § 387 Anm. 1 b, Weigelin S. 107, a. A. Lang S. 15, Staudinger Anm. 2 b zu § 387.

[24]) Siber Komp. S. 109 a, Kipp zu Windscheid II S. 459, Weigelin S. 106, Enneccerus I, 2 § 293 Anm. 21.

daß er sich mit dem Rechtsgeschäft gerade der von ihm geschuldeten individuell bestimmten Sache entledigen wollte. Ob man dann hier infolge der Ungleichheit des Interessenwerts eine Gleichartigkeit im Sinn des § 387 BGB. verneint oder mit Siber[25]) einen auf den Parteiwillen sich gründenden Ausschluß der Aufrechnung annimmt, führt zum selben Ergebnis.

Auch das Reichsgericht hat anerkannt, daß bei der Aufrechnung nicht ausschließlich ein naturhistorischer Gleichartigkeitsbegriff zu Grunde zu legen ist. Es kommt in einer Entscheidung[26]) zu dem Ergebnis, daß eine Geldforderung und eine auf die Leistung von Wertpapieren gerichtete Forderung ihrem Gegenstande nach als gleichartig im Sinne des § 387 BGB. anzusehen ist, wenn im verständigen Sinne der Parteien keinerlei besonderes Interesse an einer bestimmten Art der Leistung obwaltet. Es geht davon aus, daß der moderne Verkehr eine Reihe von Zahlungsmitteln geschaffen habe, neben denen die eigentliche Geldzahlung mindestens im Großverkehr fast in den Hintergrund getreten sei. Erfahrungsgemäß würden zum Ausgleich größerer Zahlungsverbindlichkeiten gerade Wertpapiere, insbesondere die marktgängigen Schuldverschreibungen großer und bekannter öffentlicher Körperschaften, deren Tageswert im Börsenkurse zum genauesten ziffernmäßigen Ausdruck kommt, jederzeit gegeben und anstandslos genommen werden. Das Gesetz hindere deshalb nicht, nach Prüfung des Einzelfalls die Leistung von Wertpapieren als gleichartig mit der Leistung von Geld zu behandeln, wenn im verständigen Sinne der Parteien keinerlei besonderes Interesse an einer bestimmten Art der Leistung obwaltet[27]). In diesem Falle wird in deutlichster Weise auf den Interessenwert der beiderseits geschuldeten Leistungsgegenstände abgestellt. Sind für einen Teil nach dem aus einer Forderung resultierenden Geschäftszweck beide Leistungsobjekte geeignet, seine Bedürfnisse zu befriedigen, sind also beide Leistungsobjekte als solche für ihn in diesem konkreten Fall gleichwertig, so kann er auch durch Befreiung von seiner Schuld in seinem Vermögen gleichgestellt werden. Unter Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen kann einer Aufrechnung nichts im Wege stehen.

Die Schlußfolgerung, die man aus der auf alle Fälle zu wahrenden Vermögensgleichstellung des Aufrechnungsgegners gezogen hat, daß das vom Gegner des Aufrechnenden geschuldete Objekt auch

[25]) a. a. O. S. 109 a.
[26]) RG. Warn. 1912 S. 222.
[27]) Zustimmend Staudinger I 2 b zu § 387 und Oertmann 1 b zu § 387.

geeignet sein müsse, ihm zur Erfüllung seines Gegenanspruchs gegeben zu werden, ist in dieser Beschränkung nicht richtig. Es genügt, daß die beiderseits geschuldeten Leistungsgegenstände für den einen oder andern oder für beide Teile denselben Interessenwert darstellen, um sie als gleichartig im Sinn des § 387 BGB. ansehen zu können. Möglich ist, wie dies bereits bei Gegenüberstehen von Forderung aus einer engeren und einer weiteren Gattung gezeigt wurde, daß nur für einen Teil die Gleichartigkeit gegeben ist. Dann kann unter den sonstigen Voraussetzungen nur sein Gegner aufrechnen. Daß hierbei für den Aufrechnenden selbst ein Erfolg erzielt wird, der sonst der Kompensation fremd ist, weil für ihn ungleichartige Forderungen zum Erlöschen gebracht werden, steht der Aufrechnung nicht entgegen[28]). Es kommt ausschließlich und allein auf die Vermögensgleichstellung des Gegners an. Sind die Voraussetzungen hierzu gegeben, so kann der andere Teil aufrechnen; er muß es nicht und wird es auch von selbst nicht tun, wenn ihm daraus erhebliche Nachteile erwachsen. Im übrigen ist ja auch die Aufrechnung keineswegs ein Institut, bei dem notwendigerweise für beide Teile das Gestaltungsrecht zur Entstehung kommen muß. Ist nur für den Aufrechnungsgegner die Gleichartigkeit gegeben, so liegt der Fall gerade so, wie wenn dessen Forderung allein einredefrei wäre. (§ 390 BGB.).

Wenn der Interessenwert der beiderseits geschuldeten Leistungsobjekte derselbe ist, läßt sich, abgesehen von dem Fall, daß die Gegenstände im engsten, naturhistorischen Sinne gleichartig sind, nur aus dem Geschäftszweck jeder Obligation entnehmen. Es ist deshalb jeweils auf den Einzelfall abzustellen und aus Sinn und Zweck des Rechtsgeschäfts das obwaltende Parteiinteresse zu ermitteln. Wichtige Anhaltspunkte können sich aus dem mutmaßlichen Verwendungszweck der Leistungsobjekte ergeben. Sind Sachen gerade wegen ihrer naturhistorischen Verschiedenheit von den Gegenständen der andern Obligation geschuldet, wären also z. B. in dem vom Reichsgericht entschiedenen Falle die Wertpapiere nicht zu dem Zweck einer bloßen Wertverkörperung in gleicher Weise wie Geld, sondern gerade wegen ihrer besonderen Wertpapiereigenschaft geschuldet gewesen, so hätte es an der Gleichartigkeit zweifellos gefehlt. Selbstverständlich wird die Gleichartigkeit der Leistungsobjekte

---

[28]) a. A. Gierke III S. 166, nach dem die Gleichartigkeit dann gegeben ist, wenn jeder Teil in der Befreiung von der eigenen Leistung einen vollen Ersatz dafür empfängt, daß er die fremde Leistung nicht bekommt.

dadurch nicht ausgeschlossen, daß die eine Forderung verzinslich, die andere unverzinslich ist.

Die Frage, ob im Einzelfall die Forderungen als solche im Gegensatz zu ihren Objekten infolge eines verstärkten Interesses eines Teils an der Effektivleistung noch denselben Interessenwert darstellen und um deswillen eine Vermögensgleichstellung durch die Aufrechnung herbeigeführt werden kann, hat mit dem Gleichartigkeitserfordernis nichts zu tun. Dieses Problem ist bei den Aufrechnungsbeschränkungen zu erörtern.

Eine Ausnahme des Gleichartigkeitserfordernisses findet sich im Konkursrecht. Der Gläubiger, der etwas anderes als Geld zu fordern hat und selbst Geld an die Masse schuldet, kann trotz der bestehenden Ungleichartigkeit der Leistungsgegenstände aufrechnen; § 54 Abs. 4 KO. Hier wird seine eigene Forderung in Geld nach §§ 69, 70 KO. geschätzt und kommt damit nach einem objektiven Wertmaßstab in Rechnung [29]).

4. Außer der Gegenseitigkeit und der Gleichartigkeit der Forderung ist weitere Voraussetzung für die Entstehung des Aufrechnungsrechts, daß die Forderungen fällig sind. § 387 BGB. bestimmt, daß jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des andern Teils aufrechnen kann, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann. Der aufrechnende Teil muß damit eine im Sinne des § 271 BGB. fällige Forderung haben. Nicht erforderlich ist, daß die Forderung des Aufrechnungsgegners ebenfalls schon fällig ist. Denn gemäß § 271 Abs. 2 BGB. kann der Schuldner im Zweifel auch vor Fälligkeit die Leistung bewirken. Das Aufrechnungsrecht kann daher für beide Teile zu verschiedenen Zeiten entstehen. Ist die Forderung des einen Teils aufschiebend bedingt, so kann dieser erst mit Eintritt der Bedingung aufrechnen, da sie erst da fällig wird [30]).

Auch hier gilt im Konkursfalle des einen Teils eine Ausnahme: nach § 54 KO. kann auch aufrechnen, wer eine nicht fällige

[29]) Bestritten ist hier, ob durch den Konkurs eine Verwandlung der Forderung in eine Geldforderung nach dem Schätzungswerte ipso iure eintritt (so Lippmann Jh. Jahrb. Bd. 32 S. 203 ff., Wendt Pandekten S. 584, Crome Bd. 2 S. 309 3 a, Siber Komp. S. 108), oder ob die Forderung an sich bestehen bleibt und sie lediglich zum Zwecke der Aufrechnung in Geld abgeschätzt wird (so Jäger Anm. 6 zu § 69, Weigelin S. 108. Lang S. 227). Der letzteren Ansicht wird der Vorzug zu geben sein, da die KO. von einer Verwandlung nichts enthält.

[30]) Weigelin S. 56 .

Forderung hat. Das Recht zur Aufrechnung entsteht dann bereits mit der Konkurseröffnung [31]).

5. Weiteres Erfordernis ist, daß die Forderungen einredefrei und klagbar sind. Eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, kann nicht aufgerechnet werden. § 390 Satz 1. Nur der hat ein Aufrechnungsrecht, dessen Forderung nicht mit einer Einrede, sei es einer dilatorischen oder peremptorischen, behaftet ist. Steht aber der einen Forderung um der andern willen eine Einrede, z. B. die des Zurückbehaltungsrechts, entgegen, so muß die Aufrechenbarkeit dennoch bejaht werden, da durch die Aufrechnung die beiderseitige Befriedigung, die diese Einreden bezwecken, herbeigeführt wird [32]). Eine Naturalforderung kann auch nicht zur Aufrechnung verwendet werden, da sonst wie bei einer einredebaren Forderung die gegnerische Schutzposition vereitelt würde [33]).

Der einredefreien und klagbaren Forderung des einen Teils muß für die Entstehung des Aufrechnungsrechts nicht auch eine einredefreie und klagbare Schuld entsprechen. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 390 Abs. 1, aber auch aus dem Gesichtspunkte des Verzichts auf die Schutzposition. Denn derjenige, der mit der Aufopferung einer rechtswirksamen eigenen Forderung eine einredebehaftete Schuld tilgt, verzichtet damit auf die Einrede.

Eine wichtige Ausnahme gilt für die Einrede der Verjährung. Durch sie wird die Aufrechnung nicht ausgeschlossen, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war. § 390 S. 2. Ein einmal unter den allgemeinen Voraussetzungen entstandenes Aufrechnungsrecht geht also nicht dadurch unter, daß später einer Forderung die Einrede der Verjährung entgegentritt.

6. Wenn die seither geschilderten Rechtslagen gegeben sind, so kann dennoch auf Grund eines schutzwürdigen Interesses des einen Teils an der Effektivleistung das Aufrechnungsrecht ausgeschlossen sein, oder können sonstige Ausgleiche, wenn durch die Aufrechnung eine Vermögensgleichstellung des Gegners nicht erzielt wurde, geboten sein. Mit der Gleichartigkeit der Leistungsobjekte allein ist noch keine Garantie für die Vermögensgleichstellung des Gegners gegeben. Mag auch der Interessenwert der Objekte derselbe sein, so ist damit nicht ohne weiteres der Interessenwert beider Forderungen als solcher identisch, und zwar gerade dann, wenn es dem

[31]) Jäger Anm. 19 zu § 53 KO., Weigelin S. 57.
[32]) Weigelin S. 54.
[33]) a. A. Reichel Jh. Jahrb. Bd. 60 S. 60

einen Teile im Verhältnis zum andern in einem verstärkten Maße darauf ankommt, die ihm geschuldeten Gegenstände wirklich zu erhalten. Die Zulässigkeit der Aufrechnung würde hier das ökonomische Prinzip in das Gegenteil verwandeln. Sobald der Leistungsaustausch an sich wirtschaftlich gerechtfertigt erscheint, ist aber für die Aufrechnung kein Raum mehr.

Ein besonders überwiegendes Interesse an der Effektivleistung kann sich daraus ergeben, daß eine Leistung von vornherein offensichtlich zweckgebunden war. Deshalb bestimmt § 391 Abs. 2 BGB., daß dann, wenn die Leistung zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Orte erfolgen soll, „im Zweifel" die Aufrechnung einer Forderung, für die ein anderer Leistungsort besteht, ausgeschlossen sein soll. Deshalb ist es auch berechtigt, nach Lage des Einzelfalls die Aufrechnung gegen eine Forderung auf Gewährung eines Darlehens auszuschließen [34]), ohne daß es etwa hierzu der Konstruktion eines stillschweigenden Vertrages über den Aufrechnungsausschluß bedürfte [35]). Sind für die Forderungen verschiedene Leistungs- oder Ablieferungsorte bestimmt, so soll dies allein nach § 391 Abs. 2 die Aufrechnung nicht ausschließen. Der aufrechnende Teil muß jedoch hier den Schaden ersetzen, den der andere Teil dadurch erleidet, daß er infolge der Aufrechnung die Leistung nicht an dem bestimmten Orte erhält oder bewirken kann. Also selbst dann, wenn die Zweckgebundenheit der Leistung sich nicht in offensichtlicher Weise aus der Obligation ergibt, wird der Gläubiger zwar nicht durch einen Ausschluß der Aufrechnung, aber durch eine den eventuellen Aufrechnungsschaden berücksichtigende Vermögensgleichstellung geschützt.

Weiterhin kann das Interesse an der Effektivleistung aus sozialen Gesichtspunkten überwiegen. Hierher gehört das Aufrechnungsverbot gegen pfändungsfreie Forderungen. § 394 Abs. 1 BGB. Gegen die aus Kranken-, Hilfs- und Sterbekassen zu beziehenden Hebungen können jedoch geschuldete Kassenbeiträge aufgerechnet werden. § 394 Satz 2 [36]). Aus organisatorischen Gründen ist weiterhin die Aufrechnung gegen fiskalische Forderungen nur zulässig, wenn die Forderung des Aufrechnenden aus derselben Kasse zu berichtigen ist, an die er seine Schuld zu erfüllen hat. § 395 BGB.

[34]) Vgl. RG. Bd. 50 S. 303, Weigelin S. 105, Staudinger 2 b zu § 387. Weitere Ausschlußfälle bei Leonhard Schuldr. S. 617.

[35]) Wie Weigelin S. 105 annimmt.

[36]) Nach Art. 81 EGBGB. kann das Landesrecht für das Einkommen der Beamten, Geistlichen und Lehrer an öffentlichen Anstalten von § 394 abweichende Bestimmungen treffen.

Bei dem Aufrechnungsverbot gegen Forderungen aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung (§ 393 BGB.) spielen weniger wirtschaftliche als ethische Erwägungen, ebenso ein offensichtlicher Pönalzweck eine Rolle [37]). Für das Handelsrecht kommen ferner noch die Bestimmungen in Betracht, wonach gegen die Verpflichtungen zu einer Kapitaleinlage bei Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaften nicht aufgerechnet werden kann [38]). Bei all diesen Bestimmungen ist demjenigen Teil, der durch sie geschützt werden soll, die Aufrechnung nicht versagt, da er mit der Aufrechnung auf sein Leistungsinteresse verzichten kann.

IV. Fehlt es an den gesetzlichen Voraussetzungen für die Aufrechnung, so kann das Aufrechnungsrecht kraft Vertrages zur Entstehung gelangen, denn die Vorschriften, welche die Voraussetzungen der Entstehung des gesetzlichen Aufrechnungsrechtes regeln, sind überwiegend nicht zwingender Natur [39]). So kann auch für nicht fällige oder ungleichartige Forderungen ein Aufrechnungsrecht vereinbart werden oder sonstige Aufrechnungsbeschränkungen durch die Parteiwillkür aufgehoben werden. Jedoch ist eine den § 394 BGB. außer Kraft setzende Vereinbarung ungültig, da die Unentziehbarkeit der unpfändbaren Forderungen im öffentlichen Interesse liegt [40]).

Von der vertragsmäßigen Entstehung des Aufrechnungsrechts, das die gegenüberstehenden Forderungen unberührt läßt, ist der sogenannte Aufrechnungsvertrag zu scheiden. Durch ihn werden die beiderseitigen Forderungen durch Vertrag aufgehoben. Da nach der Parteiabsicht die Aufhebung der einen Forderung von der Aufhebung der andern abhängig erscheint, kann der Aufrechnungsvertrag als eine besondere Art des gegenseitigen Erlaßvertrages angesehen werden [41]). Diese Arbeit beschränkt sich auf das gesetzliche Aufrechnungsrecht.

---

[37]) Vgl. oben § 3, I.

[38]) §§ 221 Satz 2, 320 Abs. 3 HGB., § 19 Abs. 2 des Gesetzes betr. G. m. b. H., § 22 Abs. 3 Genossenschafts Ges.

[39]) Weigelin S. 124.

[40]) Weigelin S. 127. Planck-Siber Anm. 2 zu § 394; Staudinger Anm. 1 zu § 394; Oertmann Komm. Anm. 6 u. 7 zu § 394.

[41]) Enneccerus 1, 2 § 292, 1.

§ 9.

Die verschiedenen Ansichten über die Entstehung eines Aufrechnungsrechts bei Gegenüberstehen einer Heimwährungs- und einer Fremdwährungsforderung.

I. Stehen sich unter den sonstigen Voraussetzungen für die Aufrechnungslage zwei in verschiedener Währung ausgedrückte Geldforderungen gegenüber, so können sich aus der Tatsache, daß Geldzeichen verschiedener Währung infolge ihrer territorialen Funktionsbeschränkung an sich begrifflich ungleichartig sind, scheinbar berechtigte Zweifel an einer den Erfordernissen des § 387 BGB. entsprechenden Gleichartigkeit der Leistungsobjekte ergeben.

Schon die Postglossatoren, die sich viel mit der Aufrechenbarkeit von Geldforderungen, die in verschiedener Münzsorte ausgedrückt sind, beschäftigten, verwarfen in der Hauptsache die Kompensation de uno genere pecuniae ad aliam pecuniam diversi generis: secus si eiusdem materiae, licet diversae formae[1]). Dagegen stellte Dernburg für das gemeine Recht die Ansicht auf, daß Geldforderungen nicht in demselben Münzfuße oder in derselben Münzsorte ausgedrückt zu sein brauchen, um sie kompensieren zu können. Die Hinzufügung einer Münzsorte geschehe meist nur zur Wertbestimmung der Schuld; nur diese Wertbestimmung berücksichtige der Verkehr; es gelte nur als ein anderer Ausdruck, ob eine Schuld in Thalern oder in Gulden ausgedrückt sei. Wenn sich dagegen aus den Umständen des Vertrages ergebe oder in anderer Art nachgewiesen werde, daß durch Hinzufügen der Münzsorte nicht allein die Höhe, sondern auch die Art der Leistung bestimmt werde, so könne natürlich nur eine Gegenforderung auf dieselbe Münzsorte zur Kompensation benutzt werden. Wer sich in der Absicht, eine Reise nach Frankreich zu machen, 20-Francsstücke versprechen lasse, müsse Guldenstücke so wenig annehmen als aufrechnen. Werde eine Münzsorte stipuliert, welche unter den Parteien nach gewöhnlichem Brauche nicht zur Wertbestimmung der Schuld diene, so sei zu präsumieren, daß sie eine Verabredung über die Art der Leistung gar nicht beabsichtigen; so wenn eine Forderung in Deutschland unter Deutschen in Dollars ausgedrückt werde. Anders, wenn es sich um Kompensation mit einer Forderung handle, die in einem fremden Lande in den dort gebräuchlichen, wenn auch am Orte der

[1]) Vgl. Dernburg Compensation S. 488 Anm. 3.

Klage ungewöhnlichen Münzsorten kontrahiert wurde. Wenn der Russe dem Preußen Thaler schulde, der Preuße dem Russen Rubel, so könne der Russe seine Thalerschuld zwar nicht in Rubeln zahlen, wohl aber auf dieselbe mit seiner in Rubeln ausgedrückten Geldforderung kompensieren, da es hier präsumptiv beiden Teilen nur auf den Wertausdruck, nicht auf die Lieferung einer bestimmten Münzsorte angekommen sei [2]).

Für das BGB. wird vielfach das Problem gar nicht besonders behandelt, sondern lediglich ausgeführt, daß besonders Geldforderungen im Sinne des § 387 BGB. gleichartig sind, wobei offenbar nur an Geldforderungen der heimischen Währung gedacht wird [3]). Steht eine Geldsortenschuld einer Geldschuld derselben Währung gegenüber, so wollen Schollmeyer [4]) und Weigelin [5]) die Aufrechnung zulassen, während nach Außbaum nur der Geldsortengläubiger — ähnlich wie der Gläubiger einer beschränkten Gattungsschuld — ein Aufrechnungsrecht haben soll [6]). Bei Geldforderungen verschiedener Währung geht aber, soweit zu dieser Frage Stellung genommen wurde, die in der Literatur durchaus herrschende Ansicht dahin, daß ihre Leistungsgegenstände als ungleichartig im Sinne des § 387 BGB. anzusehen sind [7]).

Am nachdrücklichsten ist diese Ansicht von Außbaum vertreten. Er führt aus: „Daß es sich beiderseits um Geldschulden handelt, ist für die Aufrechnung ebenso belanglos wie etwa die Charakterisierung als Getreideschuld in dem Falle, daß eine Forderung auf Lieferung von Weizen einer solchen auf Lieferung von Roggen gegenübersteht, denn der Rechtsgedanke, welcher der Aufrechnung zu Grunde liegt, trifft, jedenfalls prinzipiell nur da zu, wo Forderung und Gegenforderung sich lediglich in der Quantität derart unterscheiden, daß durch die Aufrechnung ein überflüssiges Hin- und Herschieben der Leistung vermieden wird. Das Ergebnis der Aufrechnung muß gewissermaßen aus dem Tatbestand ohne wei-

[2]) Dernburg Compensation S. 488, 489.

[3]) So Crome II S. 292, Gierke III S.166, Cosack I S. 468, auch Dernburg Bürgerl. Recht I S. 647.

[4]) a. a. O. § 387, 1 b.

[5]) a. a. O. S. 104.

[6]) Das Geld S. 83.

[7]) Schollmeyer § 387, 1 b, Weigelin S. 104, Außbaum S. 225, Reichel Arch. f. Ziv.Praxis Bd. 126, S. 321 ff., Dölle S. 46, Smoschewer JW. 1921 S. 1446, Bamberger S. 30. Ebenso — vgl. unten S. 82 ff. — RG. Bd. 106 S. 100. RGR. Komm. Anm. 3 zu § 387, Staudinger Anm. I 1 b zu § 387, Enneccerus I, 2 § 294 Anm. 20. In RG. Jur. Rundschau 1925 Nr. 1106 ist die Frage offen gelassen.

teres abzulesen sein. Keineswegs aber ist es Zweck der Aufrechnung, dem Gläubiger statt der geschuldeten Leistung deren Wert in anderer Form aufzudrängen. Daher ist das Erfordernis der Gleichartigkeit streng aufzufassen. Fehlt sie, so kann nur ein Zurückbehaltungsrecht in Frage kommen." [8]).

Wohl der einzige Vertreter der Gegenansicht ist in der deutschen Literatur für das BGB. Frankenstein, der grundsätzlich die Gleichartigkeit von heimischen mit fremden Valuten im Sinne des § 387 BGB. bejaht. Valuten werden, wenn sie nicht effektiv geliefert werden sollen, nach ihm normalerweise nicht als solche gebraucht, sondern als Geld oder Geldersatz („Wertschuld") und für diesen Zweck sei es im Regelfall vollkommen gleichgültig, ob man Pfund oder Zloty erhalte, die jeden Augenblick in jede beliebige Währung umgewandelt werden können und deren Verhältnis zu einander sich jederzeit ermitteln lasse. Der Wortlaut des Gesetzes verlange nur Forderungen, die dem Gegenstand nach gleichartig sind; Forderungen auf Geldzahlung seien aber dem Gegenstand nach gleichartig, solange nicht die effektive Zahlung in einer bestimmten Valuta Bedingung sei. Die Angabe einer bestimmten Währung sei nur für die Höhe der Geldzahlung von Bedeutung, ändere aber nicht ihren Gegenstand [9]).

Ebenso hat das OLG. Hamburg zwar nicht generell, aber doch in einem etwas besonders gelagerten Fall sich für die Gleichartigkeit heimischer und fremder Geldzeichen ausgesprochen. Eine Hamburger Firma hatte im Jahre 1923 einer andern Hamburger Firma ein Darlehen in holländischen Gulden gegeben. Gegen den Rückzahlungsanspruch wurde mit einer Markgegenforderung aufgerechnet. Das Gericht ging davon aus, daß in den Zeiten der Darlehenshingabe das Hauptbestreben der deutschen Kaufleute gewesen sei, angesichts der großen Unsicherheit der deutschen Währung und der Gefahr weiterer rapider Markentwertung eine wertbeständige Anlage ihrer Mittel zu sichern. So sei es auch hier gewesen. Weder der Darlehensschuldner habe ein Interesse daran gehabt, gerade holländische Gulden zu erhalten, noch der Darlehensgläubiger ein Interesse daran, gerade solche zurückzuerhalten, wenn er nur zur Wiederbeschaffung desselben Guldenbetrages in der Lage sei. Bei dieser Sachlage habe der Schuldner annehmen dürfen, daß der Gläubiger mit jedem dem Guldenbetrage entsprechenden Gegenwerte zu-

[8]) a. a. O. S. 225.

[9]) Frankenstein II, S. 281.

frieden sei. Hiernach sei das Erfordernis der Gleichartigkeit gegeben [10]).

Allgemeiner hat sich das OLG. Düsseldorf für die Gleichartigkeit und damit für die Aufrechenbarkeit von Geldforderungen verschiedener Währung ausgesprochen. Die Forderungen könnten an Hand der amtlichen Kursbestimmung auf die gleiche Währungsbasis zurückgeführt werden. Der Geschäftsverkehr sehe in der Verschiedenheit der Währungen kein Aufrechnungshindernis [11]).

II. Dennoch ist aber nach der herrschenden Lehre eine Aufrechnung von Geldforderungen verschiedener Währung nicht schlechthin ausgeschlossen. Wenn eine Heimwährungsforderung einer Fremdwährungsforderung gegenüber steht, so läßt sie eine Aufrechnung dann und nur dann zu, wenn der Fremdwährungsschuldner nach § 244 BGB. ersetzungsberechtigt ist, die fremde Währung also nicht effektiv und im Inlande zu zahlen ist, hier aber nur für den ersetzungsberechtigten Schuldner [12]). Der Fremdwährungsgläubiger hat keine Aufrechnungsmöglichkeit.

Am eingehendsten ist diese Ansicht von Dölle begründet worden. Erkläre der Schuldner, seine Gegenforderung aufrechnen zu wollen, so liege darin gleichzeitig die Erklärung, die in ausländischer Währung ausgedrückte Hauptforderung in Reichswährung tilgen zu wollen. Denn der Schuldner gebe mit der Kompensation seine Markgegenforderung auf und der Gläubiger behalte zur Befriedigung seiner Valutaforderung den Markbetrag, den er ohne Aufrechnung zur Leistung auf die Gegenforderung seinem Vermögen hätte entnehmen müssen. Während der Schuldner im Falle der Zahlung gemäß § 244 BGB. bis zu deren Vollziehung die Entscheidung habe, ob er in Mark oder in ausländischer Währung zahlen soll, und ihm eine bloße Erklärung, in der einen oder andern Weise leisten zu wollen, in aller Regel nicht binde, schneide hier das Zugehen der Aufrechnungserklärung eine Erfüllung in ausländischer Währung endgültig ab. Denn die Erklärung *stelle einmal die zur Aufrechnung erforderliche Gleichartigkeit der Forderung her*, zum andern bewirke sie die Aufrechnung selbst und damit den der Erfüllung durch Zahlung gleichzubeachtenden Erfolg, sodaß eine Willensänderung des Schuldners nicht mehr in

[10]) Hans. GZ. 1924 S. 198.
[11]) Recht 1924 Nr. 524.
[12]) RG. Bd. 106 S. 100, Außbaum S. 225, Smoschewer JW. 1921 S. 1446, Reichel Arch. f. Ziv.Praxis Bd. 126 S. 324, Dölle S. 45, Enneccerus 1, 2 § 293 Anm. 20, Staudinger Anm. 1 1 b zu § 387, RGR. Komm. Anm. 3 zu § 387, Bamberger S. 29, OLG. Frankfurt JW. 1924, S. 716.

Betracht kommen könne. Bei dem dargelegten Tatbestand habe immer nur der Inhaber der auf Reichswährung lautenden Forderung das Aufrechnungsrecht, da der Gläubiger des Valutaanspruchs nicht die Macht zur Herstellung der Gleichartigkeit habe[13]). Auch Außbaum[14]) und Smoschewer[15]) nehmen an, daß durch die Ausübung der Ersetzungsbefugnis, die in der Aufrechnungserklärung liege, die von vornherein fehlende Gleichartigkeit hergestellt werde, während Reichel[16]) ohne weiteres daraus, daß die Fremdwährungsschuld im Fall des § 244 BGB. durch Heimgeldzahlung getilgt werden kann, annimmt, daß der Schuldner hier auch mit einer auf Heimgeld gehenden Gegenforderung aufrechnen könne.

Das Reichsgericht hatte bis jetzt, soviel zu ersehen ist, nur einmal zu der Frage des Aufrechnungsrechtes bei Gegenüberstehen von Heimwährungs- und Fremdwährungsforderungen Stellung genommen und zwar nur hinsichtlich des Aufrechnungsrechts eines ersetzungsberechtigten Fremdwährungsschuldners[17]). Es hat hier die Zulässigkeit der Aufrechnung bejaht, nicht aber etwa deshalb, weil der Fremdwährungsschuldner die Gleichartigkeit herstellen könne, sondern weil von einem ungleichartigen Leistungsgegenstand bei einem derartigen Zusammentreffen von Forderung und Gegenforderung nicht die Rede sein könne. Offenbar soll aber auch hier nur der ersetzungsberechtigte Schuldner ein Aufrechnungsrecht haben.

III. Auch die österreichische Rechtsprechung hat keine einheitliche Auffassung ausgebildet. In einer grundlegenden Entscheidung vom 2. Mai 1923 führt der Ob. GH. aus, daß zwei gegenseitige, auf heimische und fremde Währung lautende Forderungen nur dann als gleichartig anzusehen sind, wenn die auf fremde Währung lautende Forderung nach Art. 336 HGB. in österreichischen Kronen zum Kurse des Zahlungstags getilgt werden kann. „Denn dann stehen im Augenblick des Zusammentreffens Forderungen derselben Währung einander gegenüber und steht der Aufrechnung, welche auch keineswegs technisch unmöglich ist, da der Kurs des Aufrechtungstages jederzeit erhoben werden kann, nicht der Mangel der Gleichartigkeit entgegen". Die Gleichartigkeit sei aber nicht gegeben, wenn die Art der Leistung dadurch bestimmt ist, daß die fremde Währung

---

[13]) Dölle S. 46.
[14]) a. a. O. S. 225.
[15]) JW. 1921, S. 1446.
[16]) Arch. f. Ziv.Praxis Bd. 126 S. 324.
[17]) RG. Bd. 106 S. 100. In Jur. Rundschau 1925 Nr. 1106 hat es nur ausgeführt, daß es zweifelhaft erscheinen könnte, ob eine Mark- und eine Frankenforderung gleichartig ist, im übrigen aber dazu keine weitere Stellung genommen.

effektiv zu zahlen ist. Denn dann stünden sich Forderungen verschiedener Währung gegenüber und eine Aufrechnung wäre mangels Gleichartigkeit schon der Natur der Sache nach ausgeschlossen [18]).

Derselbe Standpunkt wird in der Entscheidung des Ob. GH. vom 30. 7. 24 eingenommen. Hier wird ausgeführt, daß mit der Eigenschaft beider Forderungen als Geldforderungen für die Aufrechenbarkeit noch nichts gewonnen sei, daß vielmehr dem Erfordernis der Gleichartigkeit in § 1438 ABGB. nur dort entsprochen sei, wo das dem Gläubiger gebührende Geld bestimmter Währung von ihm in derselben Währung auch als Schuld entrichtet werden könne. Der tschechische Kronenschuldner dürfe daher seine österreichische Kronenforderung gegen seine Schuld nur dann aufrechnen, wenn er diese gemäß Art. 336 Abs. 2 HGB. in österreichischen Kronen zum Kurse des Zahlungstags tilgen durfte und wenn sich auf diese Weise Forderungen derselben Währung gegenüber stünden [19]).

Dagegen wird in einer Entscheidung des Ob. GH. vom 15. 10. 24 ausgesprochen, daß Geldforderungen in Mark gegen Geldschulden in Schweizerfranken aufrechenbar sind, es laute denn die eine oder andere Verbindlichkeit auf Effektivzahlung [20]). Ebenso wurde in einer Entscheidung des Ob. GH. vom 15. 4. 1924 [21]) die Aufrechenbarkeit einer österreichischen und einer schwedischen Kronenforderung bejaht, die beide in der Schweiz zahlbar waren. Auch in der Entscheidung vom 9. 9. 1924 hat sich der Ob. GH. für die Kompensabilität ungleichartiger Währungen eingesetzt [22]).

Die in diesen drei Entscheidungen zum Ausdruck gekommene Ansicht, daß trotz der engen Fassung des § 1438 ABGB. Geldforderungen verschiedener Währung aufrechenbar sind, ist besonders von Wahle verteidigt worden. Er betont, daß verschiedene Währungen nach kaufmännischer Auffassung kein aliud seien, was übrigens heute prozessual als herrschende Lehre angesehen werden könne. Dem Kaufmann komme es nur darauf an, den geschuldeten Wert in Geld zu erhalten; in welcher Währung Zahlung geleistet werde, stehe in zweiter Reihe, schon deshalb, weil der Großteil der Zahlungen gar nicht bar geleistet werde. Im Sinne der Verkehrsauffassung, die in solchen Fragen letzten Endes immer entscheide, seien Geldschulden auf verschiedene Währung lautend, so-

[18] Oesterr. Rspr. V S. 319.
[19] Oesterr. Rspr. VII S. 8.
[20]) Oesterr. Rspr. VII S. 5.
[21]) Mitgeteilt von Wahle in österr. Rspr. VII, S. 7.
[22]) Oesterr. Rspr. VI S. 220.

fern nicht ausdrücklich Effektivzahlung bedungen ist, daher als gleichartig und aufrechenbar anzusehen [23]).

IV. In der schweizerischen Rechtsprechung wird wiederum der Standpunkt eingenommen, daß nur der nach Art. 84 Abs. 2 OR. ersetzungsberechtigte Fremdwährungsschuldner aufrechnen könne. Das Handelsgericht St. Gallen hat in einer Entscheidung vom 18. 2. 1925 aus diesem Grund die Aufrechnung gegen eine Schweizerfrankenforderung mit einer Fremdwährungsforderung verneint. Die Verrechnung sei nach Art. 120 nur zulässig, wenn es sich um gleichartige Forderungen handle. Allerdings schließe der Umstand, daß Geldsummen verschiedener Währung einander gegenüberstehen, die Verrechnung nicht von vornherein aus. Die Verrechnung mit einer Forderung in anderer Währung sei zulässig, wenn auch Barzahlung in der betreffenden Währung zulässig wäre, denn Verrechnung sei einfach Zahlung mit einer Forderung statt mit Bargeld. Auf Seite der Klägerin handle es sich um eine Forderung in schweizer Währung. Es bestehe aber kein Rechtssatz, daß ein Schuldner, der in der Schweiz Schweizerfranken schuldet, hier wider den Willen des Gläubigers mit einer fremden Währung zahlen könne. Also könne er auch nicht eine solche Forderung zur Verrechnung verwenden. Ganz anders würde es sich verhalten, wenn die Klägerin vom Beklagten Geld in fremder Währung zu fordern hätte, da dann Art. 84 Abs. 2 OR. zur Anwendung käme [24]).

Gegen diese Entscheidung hat Böckli in einem Aufsatze über die Kompensation von Forderungen verschiedener Währung [25]) Stellung genommen. Er hebt hervor, daß das Gesetz Gleichartigkeit und nicht Gleichheit als Voraussetzung normiert habe. Die Leistungen brauchen sich also nicht gleich, identisch zu sein, nur gleich in der Art. Gleichartig seien aber Begriffe, die alle diejenigen Begriffsmerkmale gemeinsam haben, die nur zu der Art gehören und sich nur in denen unterscheiden, die bereits der Bestimmung der Individualität dienen. Logisch gefaßt seien somit Begriffe dann gleichartig, wenn sie ihrem Inhalt nach gleichartig seien. Gleichheit des Umfangs sei für die Artgleichheit nie erforderlich. Inhalt und Umfang irgend eines Begriffes, der eine Leistung darstelle, seien gleichbedeutend mit Qualität und Quantität. Demnach müßten Leistungen dann gleichartig sein, wenn sie gleiche Qualität haben. Die Qualität inhäriere dabei dem Ganzen wie dem Teil, sofern eine Teilung überhaupt noch denkbar sei; infolgedessen müsse die kleinste

[23]) Oesterr. Rspr. VII S. 7.
[24]) SJZ. 23. Jahrgang S. 89 Nr. 67.
[25]) SJZ. 23. Jahrg. S. 225 ff.

Einheit einer Leistung der kleinsten Einheit der entgegenstehenden Leistung gleichartig sein, wenn von Gleichartigkeit soll gesprochen werden können. Bei Geldleistungen sei nun der Begriff des Geldes an sich gleichartig. Geld sei immer und überall die in einem bestimmten Gebiet als Wertmesser dienende bewegliche Sache. Die qualitativen Begriffsmerkmale seien in Zürich wie in Peking oder Buenos-Aires die gleichen. Soweit also nur die rein logische Begriffsbestimmung in Betracht gezogen werde, müßten Geldsummen, ohne Rücksicht auf die Währung, immer kompensabel sein, da die (logisch) qualitativen Begriffsmerkmale sich decken und dem Ganzen wie dem kleinsten Teile inhärent seien. Wirtschaftlich werde nun häufig der Geldwert als ein Qualitätsmerkmal aufgefaßt. Das OR. stelle aber nicht Gleichartigkeit im Werte, sondern Gleichartigkeit im Gegenstand als Kompensationsvoraussetzung auf, die bei Geld verschiedener Währung immer gegeben sei. Dazu komme, daß der Begriff Geld nie abstrakt, losgelöst von allem Andern, gedacht werde, sondern jederzeit in einem genauen, durch die Devisenbörsen und den Arbitragehandel regulierten Wertverhältnis stehe. Somit sei der Begriff Geld nicht nur rein logisch gleichartig, nicht nur obligationenrechtlich im Gegenstande gleich, sondern schließe zudem noch in sich ein andauerndes, ununterbrochenes, konkretes Wertverhältnis, das die Garantie schaffe, daß im Falle einer Kompensation jederzeit der entsprechende Gleichwert zur Anrechnung komme. Es könne somit die Kompensation von Forderungen verschiedener Währung weder vom rein logischen, noch vom wirtschaftlichen, noch vom reinen Bewertungsstandpunkt aus angefochten werden.

Außer Böckli haben sich in der schweizerischen Literatur noch Janggen [26]) und dieser zwar schlechthin und Becker [27]) für die Kompensation von Forderungen verschiedener Währung ausgesprochen, der letztere mit der Einschränkung, daß die Kompensationsmöglichkeit durch die Effektivklausel ausgeschaltet werde.

V. In der polnischen Rechtsprechung wird die Aufrechenbarkeit von Forderungen verschiedener Währung grundsätzlich verneint, während sie das tschechoslowakische Oberste Gericht ohne Einschränkung bei Nichteffektivschulden zuläßt [28]). Ebenso wird in Italien die Aufrechenbarkeit einer Fremdwährungs- und einer Inlandschuld be-

[26]) Die Kompensation nach schweiz. OR. Bern 1887, S. 54. Hier zit. nach Böckli.

[27]) Komm. zum OR. Nr. 2 zu Art. 120 Ziff. 7. Hier zit. nach Böckli.

[28]) Vgl. Wahle österr. Rspr. VII S. 7.

jaht [29]). Im anglo-amerikanischen Rechtskreis kann der richterlichen Aufrechnung infolge der gerichtlichen Umwandlung der Fremdwährungsforderung in eine Heimwährungsforderung nichts im Wege stehen. [30]). Eine außergerichtliche Kompensation ist wie in jedem Fall, so auch hier, nur durch Vertrag möglich [31]).

§ 10.

Der Rechtsgrund des Aufrechnungsrechts des ersetzungsberechtigten Schuldners.

I. Mit Recht hat Reichel die im deutschen Rechtsgebiet herrschende und auch in Oesterreich und in der Schweiz vertretene Ansicht, daß nur der ersetzungsberechtigte Schuldner aufrechnen könne, angegriffen. Weder der Schutz des Schuldners, noch der monetarische sacro egoismo des Staates fordere eine solche Inschachhaltung des Gläubigers. Die Wurzel dieses Uebels sieht er aber darin, daß nur dem Fremdwährungsschuldner und nicht auch dem Fremdwährungsgläubiger in § 244 BGB. eine Umrechenbarkeit gewährt wird. Es erscheine hier nur recht und billig, daß, was dem Schuldner gewährt, auch dem Gläubiger zugestanden wird. Die heimische Währungspolitik fordere aber geradezu eine Umrechenbarkeit der Fremd- in Heimwährung, und vom währungspolitischen Standpunkt müsse es hiebei ganz gleichgültig sein, ob der Schuldner umrechne oder der Gläubiger. Das Gesetz habe nun aber eine andere Regelung getroffen. Ihr sei nicht durch Auslegung, sondern nur durch Abdingung zu helfen [1]).

Ist nun § 244 BGB. der Grund, warum der ersetzungsberechtigte Fremdwährungsschuldner allein aufrechnen kann? Warum kann er, wenn man mit der herrschenden Lehre als richtig unterstellt, daß fremde und heimische Geldzeichen und gleichartige Leistungsgegenstände im Sinne des § 387 BGB. sind, überhaupt aufrechnen?

II. Sicher nicht deshalb, weil er, wie Außbaum, Smoschewer und Dölle annehmen, die Gleichartigkeit mit der Aufrechnungserklärung „herstellen" könne. Hierbei wird entweder übersehen, daß § 387 BGB. nicht auf die Gleichartigkeit von Leistungsgegenständen überhaupt, sondern auf die Gleichartigkeit der geschuldeten Lei-

[29]) Vgl. Ascarelli S. 809.
[31]) Außbaum S. 226.
[32]) Vgl. Dölle S. 34 und oben S. 45
[1]) Arch. f. Ziv.Praxis Bd. 126 S. 323 f.

stungsgegenstände abgestellt hat, oder wird hier das Wesen des § 244 BGB. als einer facultas alternativa des Schuldners verkannt.

Geschuldet sind auf beiden Seiten heimische und fremde Währung. Der Inhalt der Fremdwährungsschuld bleibt durch die Ersetzungsbefugnis unberührt. Wird diese durch die Leistung des Ersatzgegenstandes ausgeübt, so tritt keine Schuldumwandlung ein in dem Sinne, daß jetzt auch statt der fremden heimischen Währung geschuldet wird, wie dies durch die Ausübung des Wahlrechts bei einer Alternativobligation der Fall wäre. Die Ersetzungsbefugnis gibt dem Schuldner nur die Rechtsmacht, etwas anderes zu leisten, nicht aber auch, der Schuld einen andern Inhalt zu geben [2]). Wird die Ersatzleistung bewirkt, so wird sie auch nicht als nachher geschuldet angesehen. Wollte man nun, wie dies die angeführten Meinungen tun, in der Aufrechnungserklärung eine Ausübung der Ersetzungsbefugnis sehen [3]), so könnten hier unmöglich andere Wirkungen eintreten. Die Fremdwährungsforderung verwandelt sich nicht etwa in eine Heimwährungsforderung; nach wie vor stehen sich zwei — nach der herrschenden Ansicht — ungleichartige Forderungen gegenüber [4]). Das hat auch Reichel hervorgehoben [5]). Nimmt man an, daß sich die Fremdwährungsforderung in eine Heimwährungsforderung verwandelt, so behandelt man hier § 244 BGB so, als ob dort dem Fremdwährungsschuldner ein Wahlrecht zwischen von Grund aus alternativ geschuldeter heimischer und fremder Währung eingeräumt worden wäre. Wenn Frankenstein meint, daß man hier nicht formalistisch verfahren dürfe [6]), so muß auf die Folgen einer solchen Umwandlungsmöglichkeit hingewiesen werden: würde mit der Aufrechnungserklärung die Fremdwährungsforderung sich in eine Heimwährungsforderung verwandeln, so müßte sie notwendigerweise auch insoweit, als sie durch die Gegenforderung nicht gedeckt wird, eine Heimwährungsforderung bleiben. Daß dieses Ergebnis besonders im Hinblick auf folgende Valutaschwankungen unannehmbar ist, bedarf keiner Ausführung. Jedenfalls dürfte eine Schuldumwandlung nicht

[2]) Vgl. oben S. 57.

[3]) Obgleich die Aufrechnung keine „Leistung" ist, die für die Ausübung der Ersetzungsbefugnis begriffswesentlich ist.

[4]) Das gilt auch für die beiden angeführten Entscheidungen des österr. Ob. GH. (Rspr. V S. 319 und VII S. 8). In beiden wurde angenommen, daß auf Grund des Art. 336 österr. HGB. sich Forderungen derselben Währung gegenüber stehen. Der Charakter des Art. 336 österr. HGB. als facultas alternativa ist aber anerkannt. Vgl. v. Ohmeyer österr. GZ. 1918 S. 276.

[5]) Arch. f. Ziv. Praxis Bd. 126, S. 325, 329.

[6]) a. a. O. II S. 280.

den Rechtsgrund für das Aufrechnungsrecht des ersetzungsberechtigten Schuldners bilden.

III. Als zweite Möglichkeit bleibt daher der Rechtsgrund, daß der Fremdwährungsschuldner gegen die nicht geschuldete Ersatzleistung aufrechnen kann. Das scheint offenbar die Ansicht von Reichel zu sein, lehnt er ja ausdrücklich die Umwandlung der Fremdwährungsforderung in eine Heimwährungsforderung ab. Es handelt sich hier dann um das allgemeine Problem, ob bei einer facultas alternativa des Schuldners dieser gegen die nicht geschuldete Ersatzleistung mit einer mit dem Gegenstand der Ersatzleistung gleichartigen Forderung aufrechnen kann. Das Aufrechnungsrecht ergibt sich hier keineswegs von selbst, da § 387 BGB. voraussetzt, daß die beiderseits geschuldeten Leistungsgegenstände gleichartig sind. Deshalb haben auch Rosenberg [7]) und wohl auch Oertmann [8]) das Aufrechnungsrecht eines ersetzungsberechtigten Schuldners gegen die Ersatzleistung abgelehnt. Das Reichsgericht hat diese Frage offen gelassen [9]). Nach anderer Ansicht soll aber die Aufrechnung zulässig sein.

1. Ennecerus [10]) bildet zunächst — sichtbar aus den Regeln des Befriedigungsrechtes — den Obersatz: „Wer im eigenen Interesse berechtigt ist, den Gläubiger durch eine bestimmte Leistung zu befriedigen, kann, wenngleich er diese Leistung nicht schuldet, die Befriedigung auch durch Aufrechnung mit einer eigenen Forderung bewirken." Dies würde zunächst in den Fällen des Befriedigungsrechts zutreffen. Das gleiche müsse man aber annehmen, wenn der Schuldner kraft einer facultas alternativa seine Verpflichtung durch eine andere, nicht geschuldete Leistung zu erfüllen berechtigt ist. Wenn man das Recht habe, sich von der Verpflichtung ein Pferd zu leisten, durch Leistung von Mk. 1000.— zu befreien, so müsse man den Gläubiger auch durch Aufrechnung einer gegen ihn zustehenden Forderung auf Mk. 1000.— befriedigen können. Es wäre töricht, wenn man die Summe erst zahlen müßte, um sie sofort zurückzuverlangen.

Die Zulässigkeit der Aufrechnung wird hier also auf eine analoge Anwendung einer Anzahl von Sonderbestimmungen gestützt, die zweifellos Ausnahmen von den in den §§ 387 ff. geregelten allgemeinen Erfordernissen darstellen und schon deshalb einer Ausdeh-

[7]) Der Verzug des Gläubigers in Jh. Jahrb. Bd. 43, S. 141 ff. (S. 244).
[8]) Vgl. Komm. (2. Aufl.) Anm. 2 zu § 383.
[9]) RG. Bd. 64 S. 372.
[10]) Lehrb. 1, 2 § 293 1 a und b, ihm angeschlossen Staudinger Anm. 1 zu § 387.

nung auf andere Fälle nicht fähig sind[11]). Das Befriedigungsrecht läßt sich in zwei Gruppen auflösen. Die eine Gruppe setzt sich aus den Bestimmungen zusammen, durch die dem Eigentümer einer mit einem dinglichen Recht belasteteten Sache, auch wenn er nicht persönlicher Schuldner ist, ein Befriedigungs- und Aufrechnungsrecht gegenüber dem dinglich Berechtigten gegeben wird: §§ 1142, 1224 BGB., zu denen sich noch § 1192[12]) und die §§ 1200 und 1107 in Verbindung mit § 1142[13]) gesellen. Die zweite Gruppe bilden die Bestimmungen, in denen einem Dritten das Recht zuerkannt wird, den Zwangsvollstreckungsgläubiger eines andern oder einen dinglich Berechtigten auch durch Aufrechnung zu befriedigen, wenn dieser Dritte durch eine vom Gläubiger eingeleitete Zwangsveräußerung, bzw. durch die Geltendmachung des dinglichen Rechts in Gefahr käme, hierdurch ein Recht an dem Gegenstand der Zwangsveräußerung bzw. des dinglichen Rechts zu verlieren. §§ 268, 1150, 1192, 1200, 1107, 1249 BGB[14]). Sämtliche Interventionsfälle beruhen auf der Berücksichtigung eines ganz besonders schutzwürdigen Interesses des Intervenienten, das die teilweise Aufhebung der allgemeinen Erfordernisse für die Aufrechnung rechtfertigt.

Welche Erfordernisse das Gesetz hier ausgenommen hat, ist nicht unbestritten. Die herrschende Lehre sieht in den Fällen des Befriedigungsrechtes eine Ausnahme von der Gegenseitigkeit der beiden zur Aufrechnung stehenden Forderungen: der Aufrechnende brauche hier nicht auch eine eigene Schuld an den Aufrechnungsgegner zu haben[15]). Denkbar ist es aber, daß der Grundschuld-, Rentenschuld- oder Reallastberechtigte, gegen den der Eigentümer der belasteten Sache nach §§ 1192, 1200, 1107 je in Verbindung mit § 1142, oder gegen den ein Dritter gemäß §§ 1192, 1200, 1107 je in Verbindung mit § 1150 aufrechnen darf, nur sein dingliches Recht und keine damit zusammenhängende persönliche Forderung gegenüber einem Dritten hat, gegen die aufgerechnet werden könnte. Siber[16]) und Lang[17]) nehmen deshalb an, daß das Gesetz in diesen Fällen über die Erfordernisse der beiderseitigen Forderungen in dem

[11]) Weigelin S. 80.
[12]) RG. JW. 1910 S. 704.
[13]) Vgl. hierzu Siber Komp. S. 84 und 85 und Lang S. 1.
[14]) Vgl. daselbst.
[15]) Planck Siber Anm. 4 zu § 268, Staudinger Anm. 1 zu § 387, RGR. Komm. Anm. 2 zu § 387, Oertmann Komm. Anm. 1 a zu § 387, zweifelnd aber im Arch. f. Ziv.Praxis Bd. 126 S. 387. Enneccerus I, 2 § 293 I, 1. Weigelin S. 47.
[16]) Komp. S. 84 und 85.
[17]) a. a. O. S. 1.

Sinne hinausgegangen sei, daß hier auch die Aufrechnung gegen dingliche Ansprüche zugelassen worden sei. Solange der Aufrechnungsgegner auch eine persönliche Forderung hat, was immer beim Hypotheken- und Mobiliarpfandgläubiger, meistens auch beim Grundschuldgläubiger und Reallastberechtigten der Fall sein wird, ist aber nicht ersichtlich, ob gegen die persönliche Forderung oder gegen den dinglichen Anspruch aufgerechnet wird. Man wird deshalb in den Fällen des Befriedigungsrechtes sowohl eine Ausnahme von dem Erfordernis der Gegenseitigkeit der Forderungen wie von dem Erfordernis der Forderungen in dem Sinne als vorliegend zu erachten haben, daß hier auch gegen dingliche Ansprüche aufgerechnet werden kann.

Für eine Anwendung dieser Ausnahmeerscheinungen auf den hier in Betracht gezogenen Fall, daß zwei an sich ungleichartige Forderungen sich gegenüber stehen, von denen die eine durch eine mit dem Gegenstand der andern Forderung gleichartigen Ersatzleistung getilgt werden kann, fehlt es somit von vornherein an einer entsprechenden Rechtslage. Denn es handelt sich hier weder um die Aufrechnung gegen eine fremde Schuld, noch um die Aufrechnung gegen einen dinglichen Anspruch. Viel weniger noch stehen dem ersetzungsberechtigten Teil dieselben schutzwürdigen Interessen wie dem Befriedigungsberechtigten zur Seite, auf die sich seine Ausnahmerechte gründen: die Verhütung eines ihm unmittelbar drohenden Rechtsverlustes. Daß es sich hier um ganz besonders gelagerte Fälle handelt, die alle mit der Geltendmachung eines dinglichen Rechts im Zusammenhang stehen, und die deshalb für das Aufrechnungsrecht des ersetzungsberechtigten Teils keine positiven Folgerungen zulassen, geht auch aus der Wirkung der Aufrechnung des Befriedigungsberechtigten hervor: die Forderungen bzw. die dinglichen Rechte, gegen die aufgerechnet wird, gehen ja nicht unter, sondern auf den Aufrechnenden über[18]). Man könnte sogar aus einem Teil dieser Bestimmungen geradezu die Unzulässigkeit der Aufrechnung des ersetzungsberechtigten Teils folgern.

Geht man nämlich davon aus, daß der Pfandgläubiger aus seinem dinglichen Recht keinen Anspruch gegen den jeweiligen Eigentümer auf eine Sachleistung hat, daß vielmehr der Eigentümer der Pfandsache nur berechtigt und nicht verpflichtet ist, den dinglich Berechtigten zu befriedigen[19]), und weiterhin, daß eine Verpflichtung des Eigentümers nur dahin besteht, die Befriedigung des Pfand-

[18]) §§ 268 Abs. 3, 1143, 1163 BGB.

[19]) Wolff Sachenrecht § 131 I und § 140 V, 1.

gläubigers aus der Pfandsache zu dulden [20]), so enthalten die §§ 1142 (ebenso 1107, 1192, 1200) und 1249 selbst eine facultas alternativa [21]), bei der ein Aufrechnungsrecht des ersetzungsberechtigten Teils ausdrücklich anerkannt ist, während das Gesetz in allen andern Fällen schweigt [22]). Einen Umkehrschluß aus den Bestimmungen der §§ 1142 und 1249 zu ziehen, läge, abgesehen von der durchaus bestrittenen Prämisse, daß es sich hier um eine facultas alternativa handelt, nahe, wollte man nicht berücksichtigen, daß hier das Aufrechnungsrecht offensichtlich nicht im Zusammenhang mit dem Charakter dieser Bestimmungen als einer facultas alternativa, sondern in Zusammenhang des in § 268 Ausdruck gefundenen allgemeinen Prinzips des Befriedigungsrechtes ausdrücklich anerkannt worden ist. Aus diesen Bestimmungen dürfte sich daher nichts gegen, aber genau so nichts für das Aufrechnungsrecht des ersetzungsberechtigten Schuldners gegen die Ersatzleistung ableiten lassen.

Auch das von Enneccerus ins Feld geführte ökonomische Prinzip der Aufrechnung kann ein Aufrechnungsrecht des ersetzungsberechtigten Schuldners nicht begründen, solange man daran festhält, daß die beiderseits geschuldeten Leistungen ungleichartig im Sinne des § 387 BGB. sind. Die Aufrechnung soll nicht jedes Hin- und Hergeben überhaupt, sondern nur einen unwirtschaftlichen Leistungsaustausch verhindern, der nur dann gegeben ist, wenn auch ohne ihn der Gläubiger durch Befreiung von einer Schuld in seinem Vermögen gleichgestellt werden kann. Ist ein Pferd geschuldet, kann sich aber auch der Schuldner durch Leistung von Mk. 1000.— von seiner Verbindlichkeit befreien, so wird der Gläubiger deshalb nicht durch eine Befreiung von einer Schuld über Mk. 1000.— in seinem Vermögen gleichgestellt, weil das Pferd und die Mk. 1000.— nach der hier als richtig unterstellten Prämisse für ihn nicht gleichartig im Sinne des § 387 BGB. sind. Die Ersatzleistung hat keine selbständige Bedeutung. Sie soll dem Gläubiger den geschuldeten Leistungsgegenstand ersetzen. Ist dieser selbst unter Berücksichtigung aller wesentlichen Momente aufrechnungsgeschützt, so würde die Ersatzleistung für den Gläubiger den Charakter einer solchen verlieren, träte an ihre Stelle eine weitere, in der Aufrechnung liegende Ersatzleistung. Der Gläubiger müßte dann ein schutzwürdiges Interesse haben, wenn nicht das Pferd, so doch mindestens die Mk. 1000.—,

[20]) Vgl. Wolff Sachenrecht § 139 Anm. 4.

[21]) So Leonhard Jh. Jahrb. Bd. 41 S. 2 Anm. 1, Chamizer S. 75, Litten S. 113, Pescatore S. 290, Gernsheim S. 252, 53.

[22]) z. B. §§ 528 Abs. 1, 1992, 2170, 2288 Abs. 2, 2329 Abs. 2 BGB.

diese aber nicht unter ungünstigeren Verhältnissen als die geschuldete Leistung zu bekommen. Die Ersatzleistung für sich gesehen ist zweckgebunden. Sie zu geben und Gleichartiges wieder zu empfangen, wäre so wenig töricht, wie ein Leistungsaustausch nach § 391 Abs. 2 BGB. Und dann — warum sollte nur der ersetzungsberechtigte Teil aufrechnen können, da es doch ebenso töricht erscheinen müßte, wenn der Gläubiger ihm die geschuldeten Mk. 1000.— zahlen müßte, die dann der Schuldner ihm als Ersatzleistung, vielleicht weil er die geschuldete Leistung nicht erbringen kann oder will, zurückgeben müßte?

2. Auch Siber ist der Auffassung, daß sich aus der Aufrechnung durch den ablösungsberechtigten Dritten (§§ 268, 1150, 1249) der Satz ableiten lasse, daß jeder, der im eigenen Interesse zur Leistung befugt ist, auch eine Gegenforderung aufrechnen könne. Er stützt diesen nach ihm auch für die Ersetzungsbefugnis Platz greifenden Satz außerdem darauf, daß auch gegen Forderungen, die der Gegner nicht geltend machen könne (§ 387) oder die durch Einrede entkräftet sind (§ 390 Satz 1), die Aufrechnung zulässig sei [23]). Eine Anwendung dieses Grundsatzes auf die facultas alternativa sieht er in der Aufrechnungsbefugnis des Pfandeigners (§§ 1142, Abs. 2, 1224), auch des Grundschuldners, wenn man der Meinung sei, daß er zur Leistung an den Pfandgläubiger nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt sei [24]).

Daß die Aufrechnung des ersetzungsberechtigten Schuldners nicht auf die Fälle des Befriedigungsrechtes gestützt werden kann, ist bereits dargelegt worden, ebenso, daß die Bestimmungen der §§ 1142 Abs. 2 und 1224 weder für noch gegen sie etwas ergeben können. Aber auch das Aufrechnungsrecht gegen eine erst erfüllungsfällige und eine einredebare Forderung vermag nichts für ein Aufrechnungsrecht des ersetzungsberechtigten Schuldners beweisen. Denn in beiden Fällen bestehen an sich Forderungen [25]) auf gleichartige Leistungsgegenstände und derjenige, dem die Einrede zusteht, kann auf seine Schutzposition verzichten und mit der Aufrechnungserklärung die Rechtswirksamkeit der Forderung des Gegners herstellen, während der ersetzungsberechtigte Teil keinerlei Möglichkeit hat, die Ersatzleistung zu einer rechtswirksam geschuldeten zu machen. Der Fall, daß sich jemand durch eine nicht geschuldete Leistung von seiner Verbindlichkeit befreien kann, ist nicht gleich zu achten mit dem Fall,

[23]) Rechtszwang S. 233, Kompensation S. 139 ff., Komm. v. Planck 1 a zu § 387 und 6 b zu § 383.
[24]) Komm. von Planck 1 a zu § 387.
[25]) Vgl. § 222 BGB.

daß jemand eine an sich geschuldete Leistung verweigern darf. Im ersten Fall besteht ein vollwirksames Forderungsrecht allein auf die geschuldete Leistung, im zweiten Fall ein entkräftbares Forderungsrecht, das jederzeit durch Verzicht auf die Einrede vollwirksam gemacht werden kann.

3. Bosse[26]) endlich geht davon aus, daß die Aufrechnung auf der exceptio doli beruhe; es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Schuldner etwas zu leisten gezwungen wäre, was er im selben Augenblick vom Gläubiger zurückfordern könnte. Das müsse aber auch dann gelten, wenn der Schuldner das Recht habe, sich durch reine bestimmte Leistung, die nicht geschuldet sei, von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Auch hier müsse der Schuldner bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen das Recht haben, den Gläubiger durch Aufrechnung zu befriedigen.

Der Zweck der Bekämpfung der Arglist ist, wie Weigelin[27]) überzeugend nachgewiesen hat, der Aufrechnung fremd. Man hätte dazu nicht erst eines besonderen Instituts bedurft, um einen Verstoß gegen Treu und Glauben zu verhindern. Vor allem spricht auch dagegen, daß unbestrittenermaßen auf das Recht zur Aufrechnung im voraus verzichtet werden kann, während es sonst unzulässig ist, im voraus auf die Geltendmachung arglistigen Verhaltens des Gegners zu verzichten. (§ 276 Abs. 2 BGB.)[28]). Wie sollte auch derjenige, der eine Leistung fordert, deswegen allein gegen Treu und Glauben verstoßen, weil er seinem Schuldner eine gleichartige Leistung zu geben hat? Abgesehen von diesen grundsätzlichen Bedenken ist aber die Konstruktion von Bosse auch gar nicht schlüssig, weil weder der ersetzungsberechtigte Teil die Ersatzleistung bewirken muß, noch sein Gläubiger sie fordern kann.

IV. Die drei angeführten Meinungen isolieren alle die Ersatzleistung von der Forderung, für die sie besteht und suchen das Aufrechnungsproblem von dieser Seite zu lösen: kann auch dann aufgerechnet werden, wenn ein Teil zu der Leistung nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt ist? Diese Isolation führt, wie darzulegen versucht wurde, zu keinem Ergebnis. Man kann ja auch nicht die Ersatzleistung gesondert betrachten, dann nicht gegen sie, sondern gegen die Forderung, für die sie besteht, wird aufgerechnet, und diese und nicht die Ersatzleistung wird durch die Aufrechnung zum Erlöschen gebracht. Die Ersatzleistung hat keine selbständige recht-

[26]) a. a. O. S. 95.

[27]) a. a. O. S. 25 ff.

[28]) Weigelin S. 26 und 27.

liche Bedeutung; sie ist ein Akzessorium der Forderung und beeinflußt diese wesentlich. Eine Forderung auf ein Pferd ist rechtlich und wirtschaftlich nicht dasselbe wie eine Forderung auf ein Pferd, die auch durch eine Leistung von Mk. 1000.— getilgt werden kann. In dieser Reflexwirkung liegt ein erhebliches Moment der facultas alternativa. Das Aufrechnungsproblem soll daher hier nicht vom Gesichtspunkt des Gegenüberstehens einer Forderung und einer Ersatzleistung, sondern von dem Gesichtspunkt des Gegenüberstehens zweier Forderungen, von denen die eine durch eine Ersetzungsbefugnis abgeschwächt ist, betrachtet werden.

In dem von Enneccerus gebildeten, hier seiner Neutralität wegen beibehaltenen Fall würde durch die Aufrechnung des ersetzungsberechtigten Teils die Wirkung eintreten, daß der Gegner seine Forderung auf ein Pferd verlieren und dafür von einer Schuld über Mk. 1000.— befreit werden würde. Eine Wirkung also, die normalerweise der Aufrechnung fremd ist infolge der Ungleichartigkeit der geschuldeten Leistungsgegenstände und der damit gegebenen Unmöglichkeit der Vermögensgleichstellung des Gegners. Es wurde deshalb auch oben gesagt, daß, solange die Ungleichartigkeit der geschuldeten Leistungsgegenstände unzweifelhaft feststehe, aus dem ökonomischen Prinzip für die Aufrechnung bei der facultas alternativa nichts zu folgern sei, denn damit würde man ja von vornherein die Vermögensgleichstellung des Gegners verneinen. Nun verliert aber der Gläubiger nicht schlechthin eine Forderung auf ein Pferd, sondern eine durch die Ersetzungsbefugnis abgeschwächte Forderung. Angenommen, die facultas alternativa würde in unserem Fall auf einem Vertrag beruhen, der Gläubiger hätte also selbst seinem Schuldner diese Befugnis eingeräumt. Dann wird er nur deshalb dem Schuldner diese Erfüllungserleichterung gegeben haben, weil er selbst kein ausschließliches Interesse daran hat, gerade die geschuldete Leistung zu bekommen, und weil auch noch durch die Ersatzleistung seine Bedürfnisse befriedigt werden können. Ersatzleistung und geschuldete Leistung haben dann für ihn ungefähr denselben Interessenwert. Nur so läßt sich von seinem Standpunkt aus die Einräumung jener Befugnis erklären. Bei einer gesetzlichen facultas alternativa scheint nun allerdings die Gleichheit des Interessenwerts des geschuldeten Leistungsgegenstands mit dem Gegenstand der vom Gesetz bestimmten Ersatzleistung nicht ohne weiteres gegeben zu sein, da sie hier zunächst als ein Eingriff in die von vornherein in der Obligation Ausdruck gefundenen gläubigerischen Interessen erscheint. Betrachtet man aber die Fälle der gesetzlichen facultas alternativa genauer, so beruhen auch sie auf der Tatsache, daß der Gläubiger

in den speziellen Fällen nicht das gleich starke Interesse hat wie sonst, gerade die geschuldete Leistung zu bekommen, seine Bedürfnisse vielmehr auch durch die vom Gesetz bestimmte Ersatzleistung befriedigt werden können.

So ganz offensichtlich in den Fällen der §§ 1973 Abs. 2, 1992 Satz 2, 2170 Abs. 2 und 2288 Abs. 2 BGB., in denen der Schuldner überall sich statt der Sachleistung durch Entrichtung ihres Wertes von seiner Verbindlichkeit befreien kann. Dasselbe gilt im Falle des § 528 BGB., in dem dem dürftigen Schenker ein Anspruch auf Herausgabe des Geschenkes vom Beschenkten insoweit zugesprochen wird, als es zur Deckung seines eigenen Unterhalts oder der bestimmten Unterhaltsansprüche notwendig erscheint [29]). Hier kann der Beschenkte die Herausgabe durch Zahlung des für den Unterhalt der im Gesetz bestimmten Personen erforderlichen Betrags abwenden. Ganz ähnlich ist es im Falle des § 2329 BGB.: hier hat der Pflichtteilsberechtigte in dem Umfange, als ihm gegenüber der Erbe nicht zur Ergänzung des Pflichtteils verpflichtet ist, unter gewissen Beschränkungen einen Anspruch gegenüber dem vom Erblasser Beschenkten auf Herausgabe des Geschenks zur Deckung des fehlenden Betrags. Der Beschenkte kann die Herausgabe durch Zahlung des fehlenden Betrags abwenden. In beiden Fällen hat die Ersatzleistung für den Gläubiger denselben Interessenwert wie die geschuldete Leistung, da er kein schutzwürdiges Interesse an der geschenkten Sache selbst geltend machen kann, und er außerdem nicht das ganze Geschenk, sondern dieses nur im Wertumfang der Ersatzleistung beanspruchen kann.

Alle diese Fälle zeichnen sich dadurch aus, daß der schutzwürdige Obligationszweck die Beschaffung nicht gerade eines bestimmten Gegenstandes, sondern in erster Linie eines Vermögenswertes bildet, der sowohl durch den an sich geschuldeten Gegenstand, wie durch seinen in Geld dargestellten Wert geleistet werden kann. Sowohl die Ersatzleistung wie die geschuldete Leistung hat nicht nur in den Fällen der vertraglichen, sondern auch der gesetzlichen facultas alternativa im vernünftigen Sinne denselben Interessenwert für den Gläubiger. Eine gesetzliche facultas alternativa ließe sich auch nicht mehr rechtfertigen, würden durch sie die Parteiinteressen vergewaltigt und dem Gläubiger etwas aufgezwungen werden, nach dem er keineswegs ein besonderes Verlangen hat. Da der Gegenstand der Ersatzleistung und der geschuldeten Leistung denselben Interessenwert für den Gläubiger hat, müssen sie als solche aber auch als gleichartig im Sinne des § 387 BGB. angesehen werden.

[29]) Vgl. Staudinger Anm. 5 zu § 528.

Es wurde bei der Erörterung des Gleichartigkeitserfordernisses ausgeführt, daß aus der Wirkung der Aufrechnung, der vermögensrechtlichen Gleichstellung des Gegners ohne Leistungsaustausch, des Ausdrucks des ökonomischen Prinzips der Aufrechnung, nicht allein gefolgert werden könne, daß die geschuldeten Leistungsgegenstände im naturhistorischen Sinne gleichartig sein müssen und daß der eine Leistungsgegenstand auch immer zur Erfüllung der Gegenforderung geeignet sein müsse. Die Vermögensgleichstellung ist primär Folge der Gleichwertigkeit der geschuldeten Leistungsgegenstände, die nicht nur bei engster Gleichartigkeit gegeben ist. Auch dann, wenn auf Grund einer konkreten Interessenlage die beiderseits geschuldeten, im engsten Sinne ungleichartigen Leistungsgegenstände denselben Interessenwert haben, kann der Gegner durch die Aufrechnung in seinem Vermögen gleichgestellt werden. Und eine derartige Interessenlage ist gerade bei den Fällen der facultas alternativa gegeben. Das Verhältnis des Gegenstands der Ersatzleistung zu dem der geschuldeten Leistung ist kein anderes als das in jenem vom Reichsgericht entschiedenen Fall, daß sich eine Geldforderung und eine Forderung auf Lieferung von Wertpapieren gegenüber steht, ohne daß im verständigen Sinne der Parteien ein besonderes Interesse an einer bestimmten Art der Leistung obwaltet [30]). Der Rechtsgrund des Aufrechnungsrechts des ersetzungsberechtigten Schuldners mit einer mit dem Gegenstand seiner Ersatzleistung gleichartigen Forderung dürfte daher weder in einer durch die Aufrechnungserklärung herbeigeführten Schuldumwandlung, noch darin zu suchen sein, daß der ersetzungsberechtigte Schuldner dem Befriedigungsberechtigten gleich zu achten ist, sondern allein darin, daß auf Grund der facultas alternativa ein mit dem Gegenstand der Ersatzleistung gleichartiger Leistungsgegenstand zugleich mit dem Objekt der geschuldeten Leistung gleichartig im Sinne des § 387 BGB. ist.

Damit ist allerdings noch nicht ohne weiteres gesagt, daß auch für den ersetzungsberechtigten Schuldner die beiderseits geschuldeten Leistungen denselben Interessenwert haben, daß also auch der nicht ersetzungsberechtigte Teil aufrechnungsberechtigt ist. Denn hiefür sind die Interessenrichtungen des ersetzungsberechtigten Teils in seiner Eigenschaft als Gläubiger einer Betrachtung zu unterziehen, die nicht in jedem Falle identisch sind mit der Interessenrichtung seines Gegners als Gläubiger. Denn wenn der eine Teil ein Pferd mit einer Ersetzungsbefugnis von Mk. 1000.— zu fordern hat, der andere Teil Mk. 1000.—, so ergibt sich aus dem Forderungsrecht

[30]) RG. Warn. 1912 S. 222; vgl. oben S. 73.

des letzteren nicht, daß seine lediglich auf Geld gerichteten Bedürfnisse im konkreten Fall auch durch ein Pferd befriedigt werden könnten. Deshalb dürfte grundsätzlich ein beiderseitiges Aufrechnungsrecht bei der facultas alternativa zu verneinen sein, aber, wie noch zu zeigen sein wird, nur grundsätzlich.

Dennoch wird aber eine Aufrechnung des Gläubigers überwiegend dem Interesse des Schuldners entsprechen, sodaß sich ein Anlaß zu der Einräumung eines vertraglichen Aufrechnungsrechts ergeben kann. Denn vielfach wird die geschuldete Leistung als solche für den ersetzungsberechtigten Teil einen höheren Interessenwert haben wie die Ersatzleistung und damit auch wie der Gegenstand seiner eigenen Forderung. Gerade deshalb wurde ihm die Ersetzungsbefugnis vom Gesetz eingeräumt oder hat er sie sich vom Gläubiger ausbedungen. Zweck der Ersetzungsbefugnis ist eine Erfüllungserleichterung [31]). Durch sie soll eine vorhandene oder sich noch herausstellende Härte der an sich bestimmten Leistungspflicht in möglichst einfacher Weise beseitigt werden [32]). Deshalb kann nicht von einem höheren Interessenwert des Gegenstands der Ersatzleistung und damit der Eigenforderung, sondern höchstens von einem höheren Interessenwert des geschuldeten Leistungsgegenstandes ausgegangen werden, der aber nie unter den der Ersatzleistung sinken kann [33]). Bei einer Aufrechnung könnte deshalb der ersetzungsberechtigte Schuldner höchstens besser in seinen Interessen gestellt sein. Denn die möglicherweise bestehende Härte der Leistungspflicht wird dem Berechtigten auch dadurch abgenommen, daß er den geschuldeten Gegenstand nicht zu leisten braucht, sondern statt dessen von seiner Verbindlichkeit befreit wird. Die Aufrechnung steht der dem Ersetzungsberechtigten gewährten Schutzposition nicht entgegen, sondern erfüllt gerade ihren Zweck [34]). Bei dieser für den Aufrechnungsgegner günstigen Sachlage dürfte sicher, solange er der Aufrechnung nicht widerspricht, ein in seinem Stillschweigen zu suchendes Einverständnis mit der vertraglichen Entstehung des Aufrechnungs-

[31]) Gernsheim S. 68, Bosse S. 15.

[32]) Gernsheim S. 68.

[33]) Vgl. §§ 528, 2329, 1973 Abs. 2, 1992 Satz 2, 2170 Abs. 2, 2288 Abs. 2.

[34]) Es ist dies ganz ähnlich wie in dem Fall, daß sich zwei Forderungen gegenüberstehen, gegen deren eine um der andern willen die Einrede des Zurückbehaltungsrechts gegeben ist. Hier ist die Aufrechnung zulässig, denn die Einrede hat nur den Zweck, zu verhindern, daß sich der eine Teil Befriedigung verschafft, ohne seinerseits den Gegner zu befriedigen, ein Zweck, der durch die Aufrechnung erreicht wird. Vgl. Weigelin S. 54.

rechts zu sehen sein, wenn man überhaupt nicht vorzieht, die Gleichartigkeit zweier Leistungsgegenstände im Sinne des § 387 BGB. nicht nur dann zu bejahen, wenn sie denselben Interessenwert haben, sondern auch dann, wenn der Gegenstand der Eigenforderung einen geringeren Interessenwert wie der Gegenstand der Schuld hat, weil auch hier die Möglichkeit einer Vermögensgleichstellung des Gläubigers gegeben ist.

§ 11.

Die Aufrechnungslage bei Heimwährungs- und Fremdwährungsforderungen (eigene Ansicht).

I. Der soeben gefundene Grundsatz, daß der Rechtsgrund des Aufrechnungsrechts eines ersetzungsberechtigten Schuldners mit einer mit der Ersatzleistung gleichartigen Eigenforderung in der durch die facultas alternativa Ausdruck gefundenen Gleichartigkeit der beiderseits geschuldeten Leistungsgegenstände zu suchen ist, trifft auch für das Aufrechnungsrecht des nach § 244 BGB. ersetzungsberechtigten Fremdwährungsschuldners zu. Wie jede facultas alternativa, so beruht auch § 244 BGB. darauf, daß die gläubigerischen Bedürfnisse ebenfalls durch die Ersatzleistung befriedigt werden können, daß geschuldete und Ersatzleistung für den Gläubiger denselben Interessenwert haben. Zwar sind inländische und ausländische Geldzeichen durchaus verschiedene Leistungsgegenstände. Sobald aber ausländische Geldzeichen als solche nicht ausschließlich und allein wegen ihrer speziellen Geldfunktionen gerade gegenüber solchen der heimischen Währung geschuldet sind, wie im Falle der Fremdwährungswarenschuld, wenn es vielmehr dem Gläubiger in erster Linie bei der Bestimmung der Schuld in fremder Währung auf die Festlegung eines bestimmten in Geld zu leistenden Wertes ankam, so ist die typische Interessenlage der Wertschuld gegeben: Hauptzweck der Obligation bildet dann die Verschaffung eines bestimmten geldlichen Vermögenswertes, auf die das Interesse des Gläubigers vorwiegend gerichtet ist. Die Fremdwährungsschuld ist wie jede Geldschuld, woran mit der herrschenden Lehre festzuhalten ist, eine Wertschuld [1]). Das Eingehen einer Verbindlichkeit in fremder Währung ist in der Regel nicht von dem Gedanken getragen, gerade solche Geldzeichen zu erhalten oder zu leisten, die man selbst in seinem Land in ihrer generellen Funktion verwendet. Die Wahl einer fremden Währung

[1]) Vgl. oben S. 36 ff., 42.

wird vielmehr für Gläubiger und Schuldner in gleicher Weise nach der relativen Wertkonstanz der fremden zur heimischen Währung, nach dem Maße des Valutarisikos getroffen. Die Rechnungseinheit, in der eine Geldschuld ausgedrückt ist, dient in erster Linie der Wertbemessung der geschuldeten Leistung. In der Verschiedenheit der Bemessung des geschuldeten Werts liegt der Hauptunterschied zwischen zwei in verschiedener Währung ausgedrückten Geldforderungen. Nicht in den Leistungsgegenständen selbst. Zwar braucht der Heimwährungsgläubiger kein ausländisches Geld und der Fremdwährungsgläubiger nur im Fall des § 244 heimisches Geld anzunehmen. Aber heimisches und ausländisches Geld vermögen in gleicher Weise auf Grund ihres jederzeit feststellbaren Wertverhältnisses denselben Vermögenswert, auf den es dem Gläubiger ankommt, körperlich darzustellen, auch in praktischer Hinsicht infolge der fast überall bestehenden Umtauschmöglichkeit von fremdem und heimischem Gelde [2]). Das zeigt sich schon bei der Unmöglichkeit der Leistung in fremder Währung, praktisch am bedeutsamsten aber in der Zwangsvollstreckung: in beiden Fällen bekommt der Fremd-

[2]) Diese kommerzielle Eigenart des Geldes kann allerdings bei anormalen Währungsverhältnissen durch gesetzgeberische Akte (Kursdiktate, Beschränkung des freien Verkehrs mit ausländischen Zahlungsmitteln im Inland und mit inländischen Zahlungsmitteln nach dem Ausland und dergl.) zwar nicht beseitigt, aber immerhin eingeschränkt werden. Die hierdurch nach Vertragsschluß entstehenden Interessenverschiebungen sind dann in schutzwürdige und nicht schutzwürdige zu scheiden. Nicht schutzwürdig sind sie dann, wenn sie ursächlich zu derartigen Zwangsmaßnahmen die Tendenz aufweisen, den vom Gesetzgeber gewollten Verbotszweck zu vereiteln. So wird selbstverständlich die Ersetzungsbefugnis des § 244 BGB. dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Gläubiger durch gesetzliche Verbote daran gehindert ist, die Ersatzleistung gegen fremde Valuta zum Zweck der Vermögensanlage oder der Valutaspekulation umzutauschen. Ebenso ist bei diktierten Kursen das Interesse des Gläubigers unbeachtlich, kein heimisches Geld, sondern fremde Valuten deshalb zu erhalten, um sie unter Umgehung der gesetzlichen Vorschriften im Ausland zu einem höheren Kurse als dem gesetzlich festgelegten Inlandskurs verwerten zu können. (Ebenso wie der Kurs des § 244 Abs. 2 BGB. dadurch unberührt bleibt, daß sich der Gläubiger mit den hingegebenen Markbeträgen nicht sofort die fremde Valuta beschaffen kann. Vgl. RG. Bd. 111 S. 316). Anders kann es u. U. dann sein, wenn der Valutagläubiger ein vom Gesetz geschütztes Interesse daran hat, im Besitz von fremden Valuten zu sein, und ihr Erwerb ihm durch derartige von den Parteien bei Vertragsschluß nicht berücksichtigte Verhältnisse erschwert ist. Hier kann unter Umständen die Vertragsauslegung nach § 157 BGB. unter sinngemäßer Ergänzung des Parteiwillens zu der Annahme einer effektiv zahlbaren Valutaschuld, möglicherweise sogar einer Fremdwährungswarenschuld führen, und zwar wohl meist in den Fällen, in denen der Valutaschuldner im Gegensatz zu seinem Gläubiger zur Beschaffung der geschuldeten fremden Währung leicht im Stande ist.

währungsgläubiger heimisches statt fremdes Geld, ohne dadurch in seinem Wertinteresse beeinträchtigt zu werden[3]). Deshalb können auch im Falle des § 244 BGB. die Bedürfnisse sowohl durch die an sich geschuldeten Leistungsgegenstände wie durch die Ersatzleistung befriedigt werden. Beide haben für den Gläubiger und dessen Wertinteresse infolge ihrer kommerziellen Eigenart denselben Interessenwert. Ihre Gegenstände sind daher auch als gleichartig im Sinne des § 387 BGB. anzusehen.

Solange man daran festhält, daß gleichartig nur das ist, was im naturhistorischen, engsten Sinne gleichartig ist, dürfte sich, wie gezeigt wurde, ein Aufrechnungsrecht des ersetzungsberechtigten Teils überhaupt nicht rechtfertigen lassen. Denn die Tatsache, daß durch die Aufrechnung des ersetzungsberechtigten Teils währungsverschiedene Forderungen zum Erlöschen gebracht werden — die fremden Geldzeichen sind auch noch im Falle des § 244 BGB. an sich geschuldet — steht in einem eklatanten Widerspruch zu der Annahme, daß heimische und fremde Geldzeichen ungleichartig im Sinne des § 387 BGB. und deshalb Forderungen mit diesen Leistungsobjekten nicht aufrechenbar sind. Diesen Widerspruch hat das Reichsgericht vermieden; in Uebereinstimmung mit der hier vertretenen Ansicht hat es beim Zusammentreffen einer Heimwährungsforderung und einer mit dem Ersetzungsrecht des § 244 BGB. ausgestatteten Fremdwährungsforderung die Gleichartigkeit der Leistungsobjekte bejaht[4]). Aus diesen Gründen hat der ersetzungsberechtigte Fremdwährungsschuldner ein Aufrechnungsrecht.

Aber auch der Heimwährungsschuldner und Fremdwährungsgläubiger. Während in den sonstigen Fällen einer facultas alternativa der Gegenstand der Ersatzleistung regelmäßig nur für den Gläubiger denselben Interessenwert und für den Schuldner vielfach einen geringeren Interessenwert als der Gegenstand der geschuldeten Leistung hat, ist hier die Gleichheit des Interessenwerts der beiderseits geschuldeten Leistungsobjekte in gleicher Weise für Gläubiger und Schuldner gegeben. Denn dieselben Erwägungen, die für den Fremdwährungsgläubiger zu einer Gleichartigkeit von heimischen und fremden Geldzeichen geführt haben, treffen auch beim Heimwährungsgläubiger zu. Die Heimwährungsschuld ist in genau demselben Sinne wie die Fremdwährungsschuld eine Wertschuld. Auch dem Heimwährungsgläubiger kommt es nicht letzten Endes auf die Leistung einer Anzahl von Geldzeichen ausschließlich und allein

[3]) Vgl. oben S. 45 f.

[4]) RG. Bd. 106 S. 100.

gerade der vereinbarten Währung an. Auch sein Interesse ist auf einen in Geld überhaupt darzustellenden Vermögenswert gerichtet. Und dieser Vermögenswert läßt sich wie bei der Fremdwährungsschuld gerade so gut durch heimische wie durch fremde Geldzeichen darstellen. Freilich ist der rechtliche Charakter der Heimwährungsschuld als einer über die Leistung von Geldzeichen der heimischen Währung hinausgehenden Wertschuld durch die währungsrechtlichen Bestimmungen beeinträchtigt, mindestens so lange sie deutschem Recht untersteht. Darauf kommt es aber für die Frage, ob die wirtschaftlichen Bedürfnisse des Heimwährungsgläubigers auch noch durch andere als heimische Geldzeichen befriedigt werden können, nicht an. Genau wie beim Fremdwährungsgläubiger sind auch beim Heimwährungsgläubiger Geldzeichen der fremden wie der heimischen Währung infolge ihres stets feststellbaren Wertverhältnisses und ihrer leichten Umtauschmöglichkeit in gleicher Weise geeignet, dem Gläubiger den geschuldeten Wert zu verschaffen. Beide haben auch für ihn infolge ihrer kommerziellen Eigenart den zur Bedürfnisbefriedigung noch ausreichenden gleichen Interessenwert. Deshalb kann der Heimwährungsgläubiger durch die Befreiung von einer Fremdwährungsschuld genau so wie als Fremdwährungsgläubiger durch die Befreiung von einer Heimwährungsschuld in seinem Vermögen gleichgestellt werden. Das kann wohl nicht ernstlich bestritten werden. Tausend Dollar haben bei einem Kurse von 420 Reichsmark für 100 Dollar für den Heimwährungsgläubiger den Wert von 4200 Reichsmark, wie 4200 Reichsmark für den Fremdwährungsgläubiger bei demselben Kurse den Wert von 1000 Dollar haben. Auf die Vermögensgleichstellung kommt es aber bei der Aufrechnung an. In ihr beruht der ganze ökonomische Zweck des Instituts.

Die Auffassung Außbaums über das Wesen der Aufrechnung [5]) kann nicht zutreffen. Wenn es keineswegs Zweck der Aufrechnung sein soll, dem Gläubiger statt der geschuldeten Leistung deren Wert in anderer Form aufzudrängen, so ist nicht ersichtlich, worin überhaupt dann der Aufrechnungszweck liegt. Der Aufrechnungsgegner bekommt statt der geschuldeten Leistung immer ihren Wert in anderer Form „aufgedrängt“: die Vermögensgleichstellung ohne Leistungsaustausch. Auch müssen sich Forderung und Gegenforderung nicht lediglich in der Quantität derart unterscheiden, daß das Ergebnis der Aufrechnung gewissermaßen ohne weiteres aus dem Tatbestand abzulesen ist. Das ist zwar meistens der Fall. Aus lediglich häu-

[5]) Vgl. oben S. 80 f.

sigen Erscheinungen lassen sich aber keine Schlußfolgerungen für das Wesen der Aufrechnung ziehen. Die einzige Stütze für diese Ansicht könnte höchstens in § 389 BGB. gesehen werden, wenn man unter der Deckung zweier Forderungen lediglich das Subtraktionsergebnis der verschiedenen Quantitäten verstehen wollte. Zu einer so begrifflich engen Auffassung liegt aber angesichts des durchaus wirtschaftlichen Charakters der Aufrechnung keine Veranlassung vor. Die Möglichkeit der Vermeidung eines überflüssigen, besser wirtschaftlich unzweckmäßigen Leistungsaustauschs ist nicht nur bei engster Gleichartigkeit der beiderseits geschuldeten Leistungsgegenstände geboten. Mit Recht hat Böckli [6]) darauf hingewiesen, daß das Gesetz nur Gleichartigkeit und nicht Gleichheit der Leistungsgegenstände voraussetzt. Das gilt in gleicher Weise für das Schweizer OR. wie für das BGB. Die Aufrechnung ist überall da im Interesse eines geordneten Wirtschaftsverkehrs gerechtfertigt, wo der Gegner auch ohne Leistungsaustausch durch Befreiung von einer Schuld in seinem Vermögen gleichgestellt werden kann. Dies ist die Hauptvoraussetzung des ganzen Instituts. Und diese Vermögensgleichstellung ist nicht nur bei Gleichheit der beiderseits geschuldeten Leistungsobjekte gegeben, sondern auch dann, wenn die beiderseits geschuldeten Objekte denselben Interessenwert für den Aufrechnungsgegner haben. In diesem Sinne dürfte das Gleichartigkeitserfordernis des § 387 BGB. aufzufassen sein [7]). Und in diesem Sinne sind auch heimische und fremde Geldzeichen sowohl für den Heimwährungsgläubiger wie für den Fremdwährungsgläubiger gleichartige Leistungsgegenstände, wie dies Dernburg für das gemeine Recht, Frankenstein für das BGB., Wahle für das österreichische und Böckli für das schweizerische Recht angenommen haben [8]).

Es ist m. E. nicht gerechtfertigt, wenn Außbaum zwei in verschiedener Währung ausgedrückte Geldschulden mit zwei Forderungen auf Lieferung verschiedener Getreidearten vergleicht und damit die generelle Ungleichartigkeit von heimischer und fremder Währung im Sinne des § 387 BGB. begründet [9]). Die Vermögensgleichstellung des Aufrechnungsgegners durch Befreiung von seiner Schuld ist nur im ersten Falle infolge des von allen anderen Sachleistungsschulden sich unterscheidenden Charakters der Geldschuld als Wertschuld und der allezeit gegenwärtigen Aequivalenz von heimischem

[6]) Vgl. oben S. 86.
[7]) Vgl. oben S. 71 ff.
[8]) Vgl. oben S. 79 f., 81, 85.
[9]) Vgl. oben S. 80; dagegen auch Frankenstein II S. 281.

mit fremdem Gelde nach Kursstand möglich. Im zweiten Fall ist sie undenkbar. Die Schuldgegenstände sind hier gerade wegen ihrer speziell verschiedenen Funktionen geschuldet, was in dieser Weise nur beim Gegenüberstehen zweier auf verschiedene Währung lautenden Fremdwährungswarenschulden der Fall ist. Ebensowenig können verschiedene Getreidearten wie verschiedene Geldsorten die kommerzielle Eigenart aufweisen, daß ihr Wertverhältnis stets feststellbar ist und sie leicht gegeneinander ausgetauscht werden können. Auch steht nicht etwa die dem Fremdwährungsschuldner nach § 244 BGB. gewährte Ersetzungsbefugnis einer Aufrechnung des Fremdwährungsgläubigers entgegen. Denn für den Schuldner hat die facultas alternativa nur den Zweck, die Erfüllung seiner Leistungspflicht zu erleichtern. Dieser Zweck wird durch die Aufrechnung nicht vereitelt, sondern herbeigeführt.

Die von Reichel durchaus richtig empfundene Unbilligkeit eines Aufrechnungsrechts allein des ersetzungsberechtigten Fremdwährungsschuldners dürfte damit nicht an der einseitigen Regelung des § 244 BGB., sondern an der begriffsengen Auslegung des Gleichartigkeitserfordernisses des § 387 BGB. liegen. Die Konsequenzen aus dieser Auffassung hat aber die herrschende Lehre selbst nicht gezogen, sonst hätte sie nicht zum Ergebnis kommen können, daß der ersetzungsberechtigte Fremdwährungsschuldner aufrechnen kann. Wenn sie über diesen Widerspruch hinweggeht, so kann darin ein Zeichen gesehen werden, wie sehr die Aufrechenbarkeit von Heimwährungs- und Fremdwährungsforderungen als natürliche Notwendigkeit erscheint. Auch noch dann, wenn wie im modernen Großverkehr Zahlungsausgleichungen vorwiegend im Clearingverfahren erledigt werden, ist die beiderseitige Aufrechnungsmöglichkeit von Heimwährungs- und Fremdwährungsforderungen wie die Aufrechnung von Geldforderungen überhaupt ein unerläßlicher wirtschaftlicher Faktor. Zunächst im Parteiinteresse, denn gerade im internationalen Zahlungsverkehr ergeben sich für Schuldner und Gläubiger gesteigerte Schwierigkeiten. Es ist deshalb notwendig, ihm dieselben Vorteile wie dem innerstaatlichen Geldverkehr zu gewähren. Dann liegt aber vor allem die Aufrechenbarkeit im Interesse der staatlichen Währungspolitik. Die Oekonomie des Bargeldumlaufs ist bei Geldzeichen einer fremden Währung von ganz besonderer Bedeutung. Erst eigentlich die Aufrechnung kann hier die mit dem § 244 BGB. angestrebte Beschränkung der Nachfrage fremder Valuta im Inlande und ihres Umlaufs wirksam herbeiführen. Die der Aufrechnung übergelagerten staatlichen Interessen, denen hier besonderer Nachdruck verliehen werden muß, stehen dem Partei-

interesse nicht entgegen, denn die Beteiligten werden durch die Aufrechnung von Forderungen verschiedener Währung nicht schlechter gestellt, als wenn sich auf beiden Seiten Inlandsforderungen der eigenen Währung gegenüber gestanden hätten. Schon die rechtliche Behandlung der Fremdwährungsschuld als Geldschuld beruhte aber ja auf der Erwägung, daß die Parteien die fremden Geldzeichen rechtlich in gleicher Weise wie heimisches Geld geschuldet wissen wollen [10]). Davon kann aber das Aufrechnungsrecht, das vorwiegend ein geldschuldrechtliches Institut ist, keine Ausnahme machen.

Verneint man die beiderseitige generelle Aufrechenbarkeit von Heimwährungs- und Fremdwährungsforderung, so hat dies höchst unpraktische Auswirkungen. So bliebe z. B. dem auf Zahlung beklagten Heimwährungsschuldner nur die Möglichkeit, seinerseits Klage auf Zahlung der fremden Valuta zu erheben. Werden beide Teile verurteilt und lassen beide Teile gegenseitig im Inland vollstrecken, so bekommen sie beide aus dem Vermögen des andern heimische Währung. Läßt aber ein Teil, was bedeutend zweckmäßiger erscheint, die gegen ihn gerichtete Forderung pfänden, und sich selbst nach § 835 ZPO. zum Einzug überweisen (die Fremdwährungsforderung ist Geldforderung auch im Sinne des Vollstreckungsrechts!) [11]), so kann er, da ihm als Pfandgläubiger und Schuldner in einer Person nicht das Recht zustehen kann, seine Forderung bei sich selbst einzuziehen, die gepfändete Forderung in Ausübung seines Pfandrechts durch einseitige Erklärung aufheben [12]). Die Aufrechnungsmöglichkeit würde ihm also doch, aber erst durch einen vollstreckbaren Titel für seine eigene Forderung und einen Pfändungs- und Ueberweisungsbeschluß hinsichtlich der Gegenforderung gegeben sein — ein reichlich umständliches und kostspieliges Verfahren, das ebenfalls zeigt, daß die von der herrschenden Lehre behauptete Ungleichartigkeit von heimischer und fremder Währung nicht haltbar ist.

II. Es wurde seither nur der Fall betrachtet, daß die zur Aufrechnung stehende Fremdwährungsforderung unter den Tatbestand des § 244 BGB. fällt, also daß ihr Erfüllungsort im Inland liegt und daß sie nicht effektiv zu erfüllen ist. Aber auch dann,

---

[10]) Vgl. oben S. 43, 44.

[11]) Vgl. oben S. 45.

[12]) Vgl. hiezu Oertmann Arch. f. Ziv.Praxis Bd. 81 S. 61 ff. (S. 99), Leonhard, Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 21, S. 210, Kipp bei Windscheid 1, S. 1090, 1091, Weigelin S. 39.

wenn die Voraussetzungen des § 244 BGB. nicht gegeben sind, ist noch eine Aufrechnung möglich.

1. Sicher kann sich an dem Aufrechnungsrecht beider Teile dadurch nichts ändern, daß der Erfüllungsort der Fremdwährungsschuld im Ausland liegt, sofern dann immer noch deutsches Recht für beide Forderungen maßgeblich ist. Denn die Aufrechenbarkeit von Heimwährungs- und Fremdwährungsforderungen beruht nicht auf der facultas alternativa des § 244 BGB. selbst, sondern auf dem Charakter beider Geldschulden als Wertschulden. § 244 BGB. ist nur eine Folgeerscheinung des allgemeinen Wesens der Fremdwährungsschuld als Wertschuld, das unabhängig vom Erfüllungsort sich immer nur aus dem zu Grunde liegenden Parteiinteresse hinsichtlich der Art, wie das Geld geschuldet sein soll, ergeben kann. Sofern durch den ausländischen Erfüllungsort die Forderung nicht einem andern Recht unterworfen wird, ist es für die Entstehung eines Aufrechnungsrechts beider Teile daher gleichgültig, wo die Heimwährungs- und wo die Fremdwährungsforderung zu erfüllen ist.

Außbaum hat allerdings die Aufrechnung des ersetzungsberechtigten Teils davon abhängig gemacht, daß nicht nur die Fremdwährungsforderung, sondern auch die zur Aufrechnung gestellte Heimwährungsschuld im Inlande zahlbar ist, da eine Verschiedenheit in der politischen Zugehörigkeit der Zahlungsorte nach den tatsächlichen Verhältnissen und Bedürfnissen des internationalen Verkehrs eine Ungleichartigkeit der Forderung bedeuten würde. Die scheinbar entgegenstehende dispositive Regel des § 391 BGB. könne sinngemäß nur auf den Fall des inländischen Zahlungsortes bezogen werden [13]). Dieser Ansicht kann wohl kaum gefolgt werden. Es ist nicht ersichtlich, warum ein Deutscher in Konstantinopel seinen Gläubiger in Berlin nicht auch durch Aufrechnung befriedigen könnte, wächst doch mit den Entfernungen der Leistungsorte die Unwirtschaftlichkeit des Leistungsaustauschs. Nach der hier vertretenen Auffassung hat die Aufrechnung nicht einen die Wirtschaft hemmenden, sondern fördernden Charakter. Es ist deshalb auch nicht ganz erklärlich, wieso eine im Gesetz nicht zum Ausdruck gekommene Beschränkung des Aufrechnungsrechts den Bedürfnissen des internationalen Verkehrs entsprechen soll. Für die Entstehung des Aufrechnungsrechts ergeben sich aus der Verschiedenheit der Leistungs- oder Ablieferungsorte, auch in ihrer politischen Zugehörigkeit noch keine Einschränkungen. Hier hat lediglich der aufrechnende

[13]) a. a. O. S. 225 f.

Teil, damit seinem Gegner die Vermögensgleichstellung gewahrt bleibt, den Schaden zu ersetzen, den der andere dadurch erleidet, daß er infolge der Aufrechnung die Leistung nicht an dem bestimmten Orte erhält oder bewirken kann. § 391 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Diese Bestimmung kann gerade bei der Aufrechnung von Heimwährungs- und Fremdwährungsforderungen Bedeutung erlangen. Durch sie werden auch alle Bedenken hinsichtlich eines Nachteils, der möglicherweise dem Gegner bei der Aufrechnung von Geldforderungen verschiedener Währung entstehen könnte, beseitigt. Allerdings kann der Aufrechnungsgegner nicht immer schlechthin seinen Schaden ersetzt verlangen, denn die Ersatzpflicht des Aufrechnenden kann durch die Bestimmungen des § 254, die auch hier Anwendung finden[14]), eingeschränkt sein. So dürfte ein eigenes Verschulden des Aufrechnungsgegners schon dann vorliegen, wenn er den Aufrechnenden vorher nicht auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens, der ihm im Falle der Aufrechnung entstehen würde, aufmerksam gemacht hat. In welcher Währung der dem Fremdwährungsgläubiger möglicherweise durch die Aufrechnung entstandene Schaden zu bemessen ist, kann zweifelhaft sein. Nach einer Ansicht sollen Schadensersatzleistungen in der moneta fori[15]), nach anderer Ansicht in der Währung des maßgeblichen Obligationsstatus[16]) bestimmt werden, nach einer dritten m. E. richtigen Ansicht soll es darauf ankommen, in welcher Währung der Schaden entstanden ist[17]) Ist also z. B. einem Schweizer durch die Aufrechnung gegen seine Frankenforderung ein nach § 391 Abs. 1 zu beurteilender Schaden entstanden, so wird in der Regel die Schadensersatzforderung in Schweizerfranken zu bemessen sein. Ist einem Deutschen durch die Aufrechnung gegen seine Frankenforderung ein Schaden entstanden, so kann es darauf ankommen, ob er sich selbst wieder in Schweizerfranken oder in der heimischen Währung ersatzpflichtig gemacht hat. Es kann also zu der durch die Aufrechnung ganz oder teilweise getilgten Fremdwährungsforderung eine weitere, in heimischer oder fremder Währung ausgedrückte Geldforderung kommen. Ist die Forderung des Aufrechnenden größer als die seines Aufrechnungsgegners, so kann er die Schadensersatzpflicht durch Aufrechnung des entsprechenden Mehrbetrags seiner Forde-

---

14) Oertmann § 391, Anm. 1; Staudinger § 391 Anm. 2; Weigelin S. 105.

15) Vgl. RG. Bd. 96 S. 121.

16) OLG. Hamburg JW. 1922 S. 1143. Frankenstein II S. 203.

17) RG. Bd. 102, S. 60, RG. Hans. GZ. 1924 S. 64, Aßbaum S. 245.

rung insoweit aufheben[18]). Einer Zusammenfassung beider Aufrechnungen in einer Erklärung dürfte nichts im Wege stehen[19]).

Ergibt sich auf Grund eines ausländischen Erfüllungsortes der einen oder andern Aufrechnungsforderung ihre Unterworfenheit unter ein fremdes Recht, so entscheidet über die Frage, ob, wie und mit welcher Wirkung gegen diese Forderung aufgerechnet werden kann, ausschließlich und allein das fremde Recht, über die Aufrechnung gegen die dem deutschen Recht unterworfene Forderung aber die deutschen Aufrechnungsbestimmungen[20]). Hervorzuheben ist noch, daß bei einer Unterwerfung unter ein fremdes Recht eine Fremdwährungsforderung den Charakter einer Heimwährungsforderung annehmen kann, und eine Heimwährungsforderung immer, wenn sie fremdem Recht unterworfen wird, für dieses Recht als Fremdwährungsforderung zu betrachten ist.

2. Ist bei der Fremdwährungsschuld die Leistung in fremden Geldzeichen ausdrücklich bedungen, so wird vorwiegend die Gleichartigkeit von heimischer und fremder Währung verneint; die Effektivklausel soll immer der Aufrechnung entgegenstehen[21]). Dieser Ansicht kann ich in ihrer Allgemeinheit keine Folge leisten. Zunächst ist scharf zu trennen zwischen Fremdwährungsschulden mit Effektivklausel und Fremdwährungswarenschulden. Beide sind nicht etwa dasselbe, weil bei jeder von ihnen die Ersetzungsbefugnis des § 244 BGB. ausgeschlossen ist. Bei der Fremdwährungswarenschuld kann § 244 BGB. schon von Grund aus keine Anwendung finden. Sie ist keine Wertschuld. Ihre Leistungsgegenstände sind zwar noch wegen ihrer Beziehung zu einer Rechnungseinheit, aber in gleicher Weise wie eine Ware geschuldet. Die gläubigerischen Interessen sind ganz auf die Leistungsobjekte selbst konzentriert. Andere als die geschuldeten Geldzeichen reichen zur Bedürfnisbefriedigung überhaupt nicht aus[22]). Die Fremdwährungsschuld ist eine Wertschuld und bleibt es auch dann, wenn sich der Gläubiger die Leistung der fremden Geldzeichen ausdrücklich bedungen hat. Fremde und heimische Geldzeichen vermögen für ihn immer noch in gleicher Weise infolge ihres stets feststellbaren Wertverhältnisses und ihrer leichten Umtauschmöglichkeit denselben geschuldeten Wert darzustellen. Der Gläubiger

[18]) Kipp bei Windscheid II S. 450, Weigelin S. 105.
[19]) Weigelin S. 105 Anm. 10.
[20]) Vgl. oben S. 20 ff.
[21]) Wahle österr. Rspr. VII, S. 7; Reichel, Arch. f. Ziv. Praxis Bd. 126 S. 321; Frankenstein II S. 281; RGR. Komm. Anm. 3 zu § 387. a. A. Böckli SJZ. 23. Jahrg. S. 229.
[22]) Vgl. oben S. 51 ff.

will aber nicht, daß die diesem Umstand Rechnung tragende Ersetzungsbefugnis des § 244 BGB. Platz greift. Er will unbeschadet seines Wertinteresses seine Forderung in dem geschuldeten fremden Geldzeichen erfüllt haben und verhindern, daß der Schuldner, wenn er zahlt, anders als in der geschuldeten Währung bezahlt. Der Fremdwährungsgläubiger verschafft sich damit durch die Effektivklausel nur dieselbe Position, die er als Heimwährungsgläubiger hätte; er kann jetzt auch, ohne in Annahmeverzug zu geraten, andere als die Geldzeichen der Währung, in denen die Schuldsumme bestimmt ist, ablehnen.

Für einen Ausschluß der Aufrechnung ergibt sich damit aus der Effektivklausel noch nichts. Die sich gegenüberstehenden Forderungen sind zwar beide nur in Geldzeichen der vereinbarten Währung zu erfüllen. Da sie aber beide Wertschulden sind — bei der Fremdwährungsschuld ist durch die Effektivklausel nur eine Folgeerscheinung ihres Wertschuldcharakters durch Parteiwillkür ausgeschlossen — vermögen die gegenseitig geschuldeten Leistungsobjekte immer noch die Wertinteressen jedes Teils an sich befriedigen. Die Gleichartigkeit der Leistungsobjekte im Sinne des § 387 BGB. bleibt durch die Effektivklausel unberührt [23]).

Eine andere Frage ist, ob der wirtschaftliche Zweck der Effektivklausel der Aufrechnung nicht entgegensteht, ob durch sie nicht gleichzeitig ein besonderes, die Unwirtschaftlichkeit des Leistungsaustauschs ausschließendes Leistungsinteresse des Gläubigers kundgegeben werden soll. Der Zweck der Effektivklausel ist vornehmlich doppelter Art: der Gläubiger will sich eine Umwechslung der möglicherweise zu erhaltenden Ersatzleistung in die geschuldete Leistung ersparen, lediglich deshalb, um keinen Zeit- und keinen eventuellen Kursverlust sowie keine weiteren Kosten zu haben. Das wird immer dann zutreffen, wenn die geschuldete Währung die heimische des Gläubigers ist; so z. B., wenn einem Engländer nach England Pfunde effektiv geschuldet sind. Oder aber hat der Gläubiger ein Interesse daran, gerade die geschuldete Währung zu erhalten, weil er seinerseits wieder Schulden derselben Währung zu tilgen hat und sich eine besondere Anschaffung der fremden Währung er-

[23]) Zum selben Ergebnis kommt Böckli SJZ. 23. Jahrg. S. 229, der die Verrechnung auch bei mit der Effektivklausel ausgestatteten Forderungen oder Schulden, soweit es sich im Grunde um keine Warenlieferung handle, stattfinden läßt, weil der Empfang eines Gleichwerts bei der Kompensation bei einer mit Effektivklausel ausgestatteten Schuld immer durch die neutrale, durch Devisenbörse und Arbitragehandel gewährleisteten Wertrelation sichergestellt sei.

sparen will. Dies kann dann zutreffen, wenn die geschuldete Währung für den Gläubiger eine fremde ist. So z. B., wenn ein Deutscher Waren gegen effektiv zahlbare Dollar erkennbar deshalb verkauft, weil er seinerseits wieder verschiedene Dollarverbindlichkeiten abzudecken hat[24]).

Dem ersten Zweck steht die Aufrechnung nicht entgegen: sie erfüllt ihn geradezu auf eine radikale Weise. Es ist kein Zweifel, daß der Engländer, der Pfunde effektiv zu fordern hat, seinerseits aber Mark schuldet, durch die Aufrechnung in seinem Vermögen gleichgestellt werden kann. Anders ist es bei dem zweiten Zweck: der Ausschluß der Ersetzungsbefugnis dokumentiert hier ein besonders starkes Interesse an der Leistung selbst, genau so, wie wenn im Falle des § 391 Abs. 2 die Leistung zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Orte erfolgen sollte. Das besondere Leistungsinteresse stellt die Vermögensgleichstellung des Gegners durch die Aufrechnung in Frage. Ein Leistungsaustausch kann deshalb wirtschaftlich durchaus gerechtfertigt sein. Aus diesem Grunde soll hier die Aufrechnung im Zweifel ausgeschlossen sein[25]). Dasselbe dürfte bei der Effektivklausel gelten, wenn sie wie im zweiten Falle der Leistung von vornherein einen bestimmten Verwendungszweck aufgeprägt hat; auch hier muß im Zweifel die Aufrechnung entsprechend § 391 Abs. 2 ausgeschlossen sein. Ist also die fremde Währung effektiv geschuldet, so dürfte erst im Einzelfalle zu prüfen sein, welchen Sinn und Zweck die Effektivklausel für den Gläubiger hat. Wird mit ihr ein besonderer Verwendungszweck kundgegeben, wie meistens in dem Falle, daß die geschuldeten Geldzeichen für den Gläubiger fremde sind, so ist im Zweifel die Aufrechnung gegen die Fremdwährungsforderung ausgeschlossen, nicht aber wegen mangelnder Gleichartigkeit der Leistungsobjekte, sondern wegen des schutzwürdigen Interesses des Gläubigers an der Leistung selbst. Der Aufrechnung m i t einer effektiv zahlbaren Fremdwährungsschuld dürfte aber nichts im Wege stehen, denn der Gläubiger kann auf sein besonderes Leistungsinteresse verzichten und den allein der Aufrechnung entgegenstehenden Umstand zum Wegfall bringen.

[24]) Ueberwiegt bei einer derartigen Interessenrichtung das Bedürfnis, ausschließlich und allein die fremden Geldzeichen zu erhalten, das Wertinteresse, wie es z. B. bei einer durch irgendwelche Umstände herbeigeführten Devisenknappheit der Fall sein kann, dann ist die fremde Währung nicht mehr als Geld, sondern als Ware geschuldet. Das zwischen den Parteien geschlossene Rechtsgeschäft ist kein Kauf mehr, sondern ein Tausch, die effektiv zahlbare Fremdwährungsschuld in Wirklichkeit eine Fremdwährungswarenschuld. Vgl. oben S. 76 ff.

[25]) Vgl. oben S. 76 ff.

III. Ganz ähnlich ist es in dem Fall, daß eine der beiden gegenüberstehenden Forderungen oder beide in einer bestimmten Geldsorte der geschuldeten Währung zu erfüllen sind, z. B. in Goldmünzen. Auch die Geldsortenschuld bleibt dadurch, daß sie in qualifizierten Geldzeichen zu erfüllen ist, noch eine Wertschuld. Auch hier vermögen alle Geldsorten einer Währung den an sich geschuldeten Wert darzustellen. Selbst wenn man den Gleichartigkeitsbegriff mit der herrschenden Lehre eng faßt, so dürfte es keinem Zweifel unterliegen, daß z. B. vor dem Kriege eine Leistungspflicht von Mk. 100.— in Gold und Mk. 100.— dem Gleichartigkeitserfordernis des § 387 BGB. entsprochen hat. Mit Recht haben deshalb Schollmeyer [26]) und Weigelin [27]) die Aufrechenbarkeit einer Geldschuld und einer Geldsortenschuld derselben Währung bejaht [28]). Doch kann auch hier aus denselben Gründen wie bei der Fremdwährungsschuld mit Effektivklausel die Aufrechnung ausgeschlossen sein. Deutet die Sortenklausel auf einen bestimmten Verwendungszweck der Leistungsobjekte hin, so z. B., wenn die Schuld in Scheidemünzen zu erfüllen wäre, so dürfte auch hier die Aufrechnung entsprechend § 391 Abs. 2 BGB. ausgeschlossen sein, da der bestimmte Verwendungszweck der einen Leistung den Leistungsaustausch wirtschaftlich gerechtfertigt erscheinen läßt.

Diese Grundsätze sind auch für den Fall anwendbar, daß der Geldsortenschuld nicht eine Geldschuld derselben, sondern einer andern Währung gegenübersteht. Da nach der hier vertretenen Ansicht die Geldzeichen verschiedener Währungen gleichartig sind, sind auch notwendigerweise die verschiedenen Geldsorten dieser Währungen als gleichartig anzusehen. Das jeder Geldschuld zu Grunde liegende Wertinteresse des Gläubigers läßt sich wirtschaftlich betrachtet infolge der kommerziellen Eigenart des Geldes durch die verschiedensten Geldzeichen und Geldsorten darstellen. Deshalb kann genau so, wie mit einer Heimwährungsforderung gegen eine Heimwährungssortenschuld, auch unter den sonstigen Voraussetzungen mit einer Heimwährungsforderung gegen eine Fremdwährungssortenschuld, ebenso mit einer Heimwährungssortenschuld gegen eine Fremdwährungsforderung und umgekehrt aufgerechnet werden. Nur dann, wenn die Sortenklausel auf einen bestimmten Verwendungszweck der Leistungsobjekte erkennbar hinweist, dürfte die Aufrechnung gegen die Sortenschuld ausgeschlossen sein.

---

[26]) a. a. O. § 387 1 b.
[27]) a. a. O. S. 104.
[28]) a. A. Außbaum S. 83.

IV. Bei der Aufrechnung mit oder gegen eine Buntwährungsschuld [29]) endlich, soweit sie praktisch überhaupt in Erscheinung tritt, sind keine besonderen Schwierigkeiten gegeben. Solange die Wahl noch nicht ausgeübt ist, ist eine aufrechenbare Forderung oder Schuld noch nicht vorhanden. Hier muß der wahlberechtigte Teil, wenn er aufrechnen will, vor oder mit der Aufrechnungserklärung zunächst gegenüber dem andern Teil nach § 263 BGB. erklären, welcher Währungsbetrag geschuldet oder gefordert wird, während der nicht wahlberechtigte Teil erst aufrechnen kann, wenn sein Gegner von seinem Wahlrecht Gebrauch gemacht hat.

Eine Heimwährungsschuld und eine Fremdwährungswarenschuld ist nicht aufrechenbar. Hier fehlt es mindestens für den Fremdwährungsgläubiger an der Gleichartigkeit der geschuldeten Leistungsgegenstände, da für ihn infolge seines völlig auf die Geldzeichen der vereinbarten Währung konzentrierten Interesses die beiderseits geschuldeten Leistungsgegenstände in ihrer speziellen Artzugehörigkeit nicht denselben Interessenwert haben. Aber auch nicht für den Heimwährungsgläubiger. Da er die fremden Geldzeichen wie eine Ware schuldet, ist für ihn der Gegenstand seiner Schuld von dem seiner Forderung in gleicher Weise wie bei seinem Gegner im Interessenwert abgerückt. Wie für den Fremdwährungswarengläubiger die fremden Geldzeichen einen höheren Interessenwert wie die heimischen, so haben für den Fremdwährungswarenschuldner die heimischen Geldzeichen einen höheren Interessenwert wie die fremden. Nur unter diesen Gesichtspunkten konnten die fremden Geldzeichen als Ware geschuldet sein. Deshalb müssen auch für den Fremdwährungswarenschuldner die beiderseits geschuldeten Leistungsgegenstände als ungleichartig im Sinn des § 387 BGB. angesehen werden. Dagegen dürfte nichts im Wege stehen, bei Fremdwährungswarenschulden derselben Währung die Aufrechnung zuzulassen, da hier die Gleichartigkeit der beiderseits geschuldeten Leistungsobjekte zweifellos gegeben ist.

[29]) Vgl. oben S. 47 ff.

3. Kapitel.

Die Wirkung der Aufrechnung.

§ 12.

Die Rückwirkung des BGB.

I. Ist die Aufrechnungslage gegeben, so können die einander gegenüberstehenden Forderungen durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem Gegner aufgehoben werden [1]). Mit dem Zugang der Erklärung des Berechtigten, daß er seine Forderung gegen die des Gegners aufrechne, wird bewirkt, daß die Forderungen in dem Zeitpunkt als erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenüber getreten sind. § 389 BGB.

Hat der eine oder andere Teil mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen, so steht dem Aufrechnungsberechtigten die Wahl zu, mit welcher und gegen welche Forderung er aufrechnen will. § 396 Abs. 1 BGB. Der andere Teil hat aber ein Widerspruchsrecht, das er unverzüglich ausüben muß. Widerspricht der andere Teil oder hat der Aufrechnende überhaupt keine Bestimmung getroffen, so sollen die Vorschriften des § 366 Abs. 2 entsprechende Anwendung finden. Es gilt sonach die fällige vor der nicht fälligen Schuld, unter mehreren fälligen zuerst die minder sichere, dann die für den Schuldner lästigere, endlich die ältere und bei gleichem Alter jede Schuld verhältnismäßig als getilgt [2]). Schuldet der Aufrechnende außer der Hauptforderung Zinsen und Kosten, so gilt zunächst die Kostenschuld, dann die Zins- und zuletzt die Hauptschuld als getilgt. § 396 Abs. 2, § 367 BGB.

Die Aufrechnungserklärung kann außerhalb des Prozesses oder auch erst im Prozeß erfolgen. Im letzteren Falle ist die Prozeßhandlung und zugleich Privatrechtsgeschäft: materiell wird die Tilgung der Gegenforderung herbeigeführt und prozessual wird diese Tilgung als Einwendung behauptet [3]). Die Aufrechnungserklärung

---

[1]) Ebenso im Schweiz. Obl.R. Art. 124.

[2]) Diese Bestimmungen gelten sowohl für den Fall, daß der Aufrechnende mehrere Schulden, wie für den Fall, daß der Aufrechnungsgegner mehrere Schulden hat. Vgl. dazu Enneccerus I, 2 § 295 Anm. 3 a. A. Leonhard Schuldr. S. 624.

[3]) Dernburg Bürgerl. Recht II § 124 III. Enneccerus 1, 2 § 292 III. 1. Kipp zu Windscheid § 349 Ziff. 2 b, Planck Siber Anm. 2 zu § 388, Weigelin S. 8, S. 158.

a. A. Kohler Zeitschr. f. Ziv.Pr. Bd. 20 S. 15, Bd. 24 S. 18 ff., der in der im Prozesse abgegebenen Aufrechnungserklärung lediglich eine

hat nun rückwirkende Kraft; durch sie werden die gegenseitigen Forderungen so zum Erlöschen gebracht, als ob sie schon im Zeitpunkt der ersten Aufrechenbarkeit erloschen wären. Die Folge dieser Rückwirkung ist, daß die seit der Aufrechenbarkeit entstandenen gesetzlichen oder vertraglichen Zinsforderungen ohne Anrechnung auf die Gegenforderung erlöschen [4]) und auf dieselbe Weise die Folgen eines etwaigen Schuldnerverzugs beseitigt werden und eine etwa verfallene Vertragsstrafe als nicht verwirkt gilt.

II. Das Wesen dieser Rückwirkung ist bestritten. Im österreichischen Recht werden die beiden Forderungen, wenn sie unter den Aufrechnungsvoraussetzungen einander gegenübertreten, schon mit der Entstehung der Aufrechnungslage getilgt, unter der Bedingung, daß späterhin die Aufrechnung vollzogen wird [5]). Diese in Oesterreich durch das Gesetz begründete, auch für das gemeine Recht vertretene sogenannte Pendenz- oder Suspensionstheorie [6]) wird auch vorwiegend der Aufrechnung des BGB. zu Grunde gelegt.

Auch nach DBGB. soll mit der Aufrechnungslage ein Schwebezustand über die Tilgung der Forderungen eintreten, dessen Ungewißheit durch die Aufrechnungserklärung beseitigt wird [7]). Die Aufrechnungserklärung habe nur aufklärende Wirkung: „sie zeigt, daß sich die beiden Forderungen schon damals, als sie einander zuerst aufrechenbar einander gegenübertraten, gegenseitig aufgehoben haben." [8]). Die Aufrechnung hat damit die Natur eines bedingten Rechtsereignisses [9]). Anwendungsfälle dieses Prinzips werden in der Wirkung der Aufrechnung, § 389 BGB., der Aufrechnung mit einer verjährten Forderung, § 390 BGB., gegen eine beschlagnahmte Forderung nach § 392 BGB. und gegen eine abgetretene Forderung nach § 406 BGB. gesehen [10]).

Nach der Gegenansicht wird durch die Aufrechnungslage keine bedingte Tilgung herbeigeführt. Erst die Aufrechnungserklärung be-

---

ausschließlich den Regeln des Prozeßrechts unterworfene Prozeßhandlung sehen will und Oertmann Aufrechnung i. deutsch. Zivilprozeßr. S. 45 und Komm. Bem. 1 a zu § 388, der in der Prozeßaufrechnung einen rein prozessualen Tatbestand sieht, an den sich zugleich die privatrechtlichen Wirkungen der gewöhnlichen Aufrechnung anschließen.

[4]) a. A. Leonhard Schuldrecht S. 626 ff.

[5]) Vgl. oben S. 11 ff.

[6]) Vgl. Weigelin S. 7.

[7]) Enneccerus I, 2 § 294 II, Oertmann Vorbem. 5 b zu § 387, Dernburg II S. 289, Crome II S. 299 A. 3, Staudinger Vorbem. 1 zu § 387.

[8]) Enneccerus I, 2 § 294 II.

[9]) Feder S. 499 ff.

[10]) Enneccerus I, 2 § 294 II.

wirke die Tilgung. Wenn die beiden Forderungen im Zeitpunkt der ersten Aufrechenbarkeit erlöschen, so nicht deshalb, weil sie sich zu diesem Zeitpunkt schon aufgehoben haben, sondern weil sie in diesem Zeitpunkt als aufgehoben gelten. § 389 BGB. bediene sich bei der Anordnung der Rückwirkung in unzweideutiger Weise der Fiktion und bringe damit zum Ausdruck, daß die Aufrechenbarkeit eben in Wahrheit keine tilgende Wirkung habe [11]). Man müsse deshalb in dem Fortbestand der beiderseitigen Forderungen bis zur Aufrechnungserklärung und in der Rückwirkung der letzteren zwei selbständig nebeneinander stehende Grundsätze anerkennen, die das Gesetz aus praktischen Gründen mit Rücksicht auf die Auffassung und die Bedürfnisse des Verkehrs aufgestellt habe [12]).

Es dürfte hier wohl nur ein Formulierungsproblem, eine Frage nach der besten Bezeichnung einer bereits feststehenden Interessenabgrenzung vorliegen [13]). Von diesem Standpunkt aus scheint es gerechtfertigt, die mit der Aufrechenbarkeit eingetretene Rechtslage mit einem Schwebezustand zu vergleichen, genau so, wie wenn eine Forderung anfechtbar wäre. Diese Vorstellung vermag wohl am besten wie bei der Anfechtung das Wesen der Rückwirkung zu vermitteln.

§ 13.

Das Kursproblem bei der Aufrechnung von Heimwährungs- und Fremdwährungsschulden.

I. Die beiden zur Aufrechnung stehenden Forderungen gehen nun lediglich insoweit unter, als sie sich gegenseitig „decken". Soweit die Leistungsgegenstände im engsten Sinne gleichartig sind, erfolgt die Deckungsermittlung in der Regel durch Subtraktion der Quantitäten der geschuldeten Leistungsgegenstände. Mit einer derartigen Subtraktion kann natürlich in dem Fall, daß auf beiden Seiten eine Summe währungsverschiedenen Geldes geschuldet ist, nichts angefangen werden, denn hier fehlt es im Gegensatz zu den Fällen der engsten Gleichartigkeit an der Gleichwertigkeit der Leistungseinheiten selbst. Die Leistungsobjekte sind nicht in ihren Einheiten, sondern nur in ihrer Artzugehörigkeit für den Aufrechnungsgegner gleichwertig, ganz ähnlich, wie wenn z. B. auf der einen Seite 10 Liter einer bestimmten Flüssigkeit, auf der andern Seite

[11]) Siber Komp. S. 131, Weigelin S. 17.
[12]) Planck Siber Vorbem. 2 a zu § 387.
[13]) So Heck S. 188.

10 Kilogramm derselben Flüssigkeit geschuldet wären. Die Deckung des § 387 BGB. dürfte nun nichts anderes bedeuten als die Feststellung, in welchem Umfang die eine Forderung als Ganzes wertmäßig in der andern enthalten ist. Zu dieser Feststellung bedarf es bei Gegenüberstehen von Geldforderungen verschiedener Währung erst einer Umrechnung nach dem Wertverhältnisse der einen zu der andern Währung. Das Wertverhältnis, der Kurs, kann zeitlich erheblichen Schwankungen unterworfen sein. Welcher Kurs ist nun der Deckungsermittlung zu Grunde zu legen?

II. Nach den Meinungen, die alle nur dem ersetzungsberechtigten Fremdwährungsschuldner ein Aufrechnungsrecht geben, soll vorwiegend für die Umrechnung der Kurs zum Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung maßgebend sein[1]). Man knüpft dafür an die Entscheidungen des Reichsgerichts, die für den Kurs des § 244 den Zeitpunkt der wirklichen Zahlung entscheidend sein lassen[2]), an und behandelt das Kursproblem bei der Aufrechnung nach derselben Problemstellung wie bei der Ersetzungsbefugnis des § 244. Entschiede für die Aufrechnung, so führt z. B. Smoschewer aus, der Tag der Fälligkeit, so könnte der inländische Schuldner auf Kosten des Gegners gefahrlos spekulieren. Falle die Mark, so sei der spätere Tag der Aufrechnungserklärung, steige die Mark, so sei der frühere der Fälligkeit für ihn günstiger. Im zweiten Falle würde er in Auslandswährung zahlen, im ersten aufrechnen. Das sei unannehmbar. Das Ergebnis müsse bei Zahlung und Aufrechnung dasselbe sein. Die Ansicht des Plenums (RG. Bd. 101 S. 312) führe auch ohne Schwierigkeit hiezu. Die Rückwirkung der Aufrechnung hindere nicht, daß der Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung entscheide. Erst durch die letzte sei die Gleichartigkeit hergestellt. Erst von da an würden sich die Forderungen aufrechenbar gegenüber stehen und die Wirkung der Aufrechnung ihren Anfang nehmen können. Dagegen lasse sich die Ansicht, daß der Tag der Fälligkeit entscheide, mit der Rückwirkung schlechterdings nicht vereinen. Da die Aufrechenbarkeit erst durch die Aufrechnungserklärung selbst hergestellt werde, würde ein jener vorausgehender Zeitpunkt entscheiden. Wollte man andererseits die Gleichartigkeit von vornherein für gegeben erachten, so würde wiederum ein der Aufrechenbarkeit nachfolgender Zeitpunkt maßgebend sein. Denn regelmäßig könne

[1]) So Außbaum S. 226, Smoschewer JW. 1921 S. 1446, Dölle S. 46, Oertmann Anm. 4 zu § 244, RGR. Komm. Anm. 3 zu § 387, RG. Bd. 106 S. 100. Das OLG. Frankfurt in JW. 1924 S. 716 hat die Frage offen gelassen.

[2]) RG. Bd. 98 S. 160, Bd. 101 S. 312.

die Inlandsschuld schon vor der Fälligkeit getilgt und daher auch aufgerechnet werden [3]).

Smoschewer hat übersehen, daß es sich bei der Aufrechnung sinngemäß nicht um die Frage von Fälligkeitszeitpunkt und Zahlungszeitpunkt, sondern um den Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit und dem des Aufrechnungsvollzugs handeln kann. Außbaum [4]) hat diese Gegenüberstellung vorgenommen und sich für den Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung entschieden, die auch ohne ausdrücklichen Hinweis im Sinne der Ausübung der Substitutionsbefugnis zu deuten sei. Keinesfalls könne aber für die Umrechnung der Zeitpunkt des Eintritts der Aufrechenbarkeit in Betracht kommen, da andernfalls der substitutionsberechtigte Schuldner in die Lage versetzt wäre, sich bei Ausübung seines Wahlrechts nach der Kursentwicklung zu richten und auf Kosten des Gläubigers eine Währungsspekulation zu treiben.

Eine andere Ansicht vertritt Reichel, der ja für den Kurs des § 244 BGB. den höheren zwischen Fälligkeitszeitpunkt und Zahlungszeitpunkt entscheiden lassen will [5]). Offenbar in entsprechender Anwendung dieses Grundsatzes soll bei der Aufrechnung nach ihm weder der Fälligkeitstag, noch der Tag der Aufrechnungsreife in Betracht kommen, es sei vielmehr umzurechnen nach dem höchsten der für die fragliche Zeit in Betracht kommenden Kurse, d. h. nach demjenigen des Fälligkeitstages, falls dieser der höchste, nachdem der (späteren) Aufrechnungsreife, falls dieser der höchste, gegebenenfalls aber nach dem des höchstnotierenden Zwischentags zwischen beiden, falls dieser höher sei als jeder der beiden vorgenannten Kurse [6]).

Das Reichsgericht endlich hat den Kurs der Aufrechnungserklärung damit begründet, daß die Aufrechnung wie eine Zahlung wirke, § 244 Abs. 2 also entsprechend anzuwenden sei, wonach die Umrechnung nach dem Kurswert erfolge, der zur Zeit der Zahlung für den Zahlungsort maßgebend sei. Wie als Zeit der Zahlung die Zeit zu verstehen sei, zu der das Zahlungsgeschäft tatsächlich bewirkt werde, so sei für die Währungsumrechnung auch bei der Aufrechnung diejenige Zeit maßgebend, zu der die Aufrechnungserklärung gemäß § 388 BGB. gegenüber dem andern Teil abgegeben wird [7]).

---

[3]) JW. 1921 S. 1446.
[4]) a. a. O. S. 226.
[5]) Hans. R.Zeitschr. 1920 S. 733 ff.; vgl. oben S. 62.
[6]) Arch. f. Ziv.Praxis Bd. 126 S. 326.
[7]) RG. Bd. 106 S. 100, ebenso Dölle S. 46, Oertmann Anm. 4 zu § 244.

Die österr. Rechtsprechung hat nur in einer Entscheidung, in der die Gleichartigkeit von heimischer und fremder Währung lediglich für den Fall des Art. 336 HGB. bejaht und angenommen wurde, daß sich dann ohne weiteres Forderungen derselben Währung gegenüber stehen [8]), zu dem Kursproblem Stellung genommen. Nach den oben dargelegten Grundsätzen des österr. Aufrechnungsrechts [9]) — es wird ipso iure kompensiert — ist es beinahe selbstverständlich, daß nur der Zeitpunkt des kompensablen Zusammentreffens der beiderseitigen Forderungen, also der der Aufrechenbarkeit für den Umrechnungskurs entscheidet. So auch der Ob. GH. in der Entscheidung vom 2. 5. 1923 [10]) und Wahle [11]).

III. Soweit angenommen wird, daß der ersetzungsberechtigte Fremdwährungsschuldner eine fehlende Gleichartigkeit und damit die Aufrechenbarkeit wie bei einer Alternativobligation herstellen könne, bleibt keine andere Möglichkeit, als den Kurs zur Zeit der Aufrechnungserklärung, der gleichzeitig der der Aufrechenbarkeit ist, zu Grunde zu legen. Es wird dann auch nicht gegen das Prinzip der Rückwirkung verstoßen, denn die Fremdwährungsforderung verwandelt sich nach dieser Ansicht in eine Heimwährungsforderung in Höhe des zum Zeitpunkt des Zugangs der Aufrechnungserklärung geschuldeten Werts der fremden Währung. Daß diese Auffassung in Widerspruch mit dem Wesen des § 244 als einer facultas alternativa steht und hier dieser Bestimmung der Sinn beigelegt wird, als wäre unter den Voraussetzungen des § 244 jede Fremdwährungsschuld eine Alternativobligation mit Wahlrecht des Schuldners, was bis jetzt von niemand behauptet wurde, ist bereits dargelegt worden [12]). Wäre sie richtig, so ist nicht einzusehen, warum der Fremdwährungsschuldner nicht auch sonst, ohne aufrechnen zu wollen, durch einseitige Willenserklärung seine Wahl ausüben könnte mit genau derselben Wirkung: daß nämlich von jetzt ab ein Betrag in heimischer Währung, der dem Werte der geschuldeten fremden Währung zum Kurse des Zugangs der Erklärung entspricht, geschuldet sein soll. Auch müßte nach dieser Ansicht, soweit die in die Heimwährungsforderung verwandelte Fremdwährungsforderung durch die Gegenforderung nicht gedeckt wird, dem Aufrechnungsgegner ein Anspruch auf den restlichen Betrag in heimischer Währung übrig bleiben, denn diese wäre jetzt durch die Ausübung des Wahlrechts allein

[8]) Oesterr. Rspr. V S. 319, vgl. oben S. 84.
[9]) Vgl. oben S. 11 f.
[10]) Oesterr. Rspr. V S. 319.
[11]) Oesterr. Rspr. VII S. 7.
[12]) Vgl. oben S. 87 f.

geschuldet. Diese zwangsläufigen Folgen, die von niemand gebilligt werden können, zeigen, daß dem begrifflichen Unterschied zwischen Alternativobligation und Ersetzungsbefugnis auch erhebliche praktische Unterschiede entsprechen, keine Veranlassung also besteht, diese Unterschiede zu verwischen.

Wird aber, was bei den angeführten Meinungen nicht ohne weiteres hervortritt [13]), angenommen, daß gegen die nicht geschuldete Ersatzleistung, also gegen einen zeitlich schwankenden Betrag heimischer Währung aufgerechnet wird, dann verstößt, abgesehen von den geäußerten grundsätzlichen Bedenken gegen eine derartige Auffassung, die Zugrundelegung des Kurses am Aufrechnungstag gegen das Rückwirkungsprinzip. Dem Aufrechnungsgegner ist kraft der Fiktion des § 389 BGB. nur so viel auf seine Schuld anzurechnen, als ihm sein Gegner zur Zeit der ersten Aufrechenbarkeit schuldete, denn für die Wirkung der Aufrechnung wird es so angesehen, als ob sofort mit Entstehung der Aufrechnungslage die Aufrechnung vollzogen worden wäre. Würde nun für das Wertverhältnis der fremden zur heimischen Währung der Tag des Aufrechnungsvollzugs entscheiden, so könnte dem Aufrechnungsgegner mehr oder weniger auf seine Schuld in Anrechnung gebracht werden, als dies im Zeitpunkt der ersten Aufrechenbarkeit der Fall gewesen wäre, also ein Erfolg erzielt werden, der offensichtlich gegen das Rückwirkungsprinzip verstößt. Das gilt auch gegen die angeführte Entscheidung des Reichsgerichts [14]). Die Aufrechnung wirkt zwar wie eine Zahlung; der Gläubiger bekommt aber nicht das, was er im Zeitpunkt des Aufrechnungsvollzugs, sondern im Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit zu beanspruchen hat, auf seine Schuld angerechnet. In dem letzten Zeitpunkt sollen die Forderungen als erloschen gelten. Bei einer Fremdwährungsforderung ist aber das Erlöschen untrennbar mit dem Untergang des Valutarisikos verknüpft. Deshalb können die Forderungen jedenfalls nicht nach einem dem Zeitpunkt der Aufrechnungslage nachfolgenden Wertverhältnis gegen einander ausgeglichen werden.

Aber auch nicht, wie Reichel annimmt, eventuell nach einem früheren. Denn wenn die Aufrechnung nicht wie eine gegenwärtige

---

[13]) Nußbaum S. 226 schließt sich dem RG. Bd. 106 S. 101 darin an, daß es unschädlich sei, wenn die Heimwährungsforderung in eine fremde Währung umgerechnet werde. Daraus und ebenso aus der Ablehnung des Kurses der Aufrechenbarkeit kann entnommen werden, daß Nußbaum jedenfalls der Annahme einer Aufrechnung gegen die Ersatzleistung näher steht.

[14]) RG. Bd. 106 S. 100, dagegen auch Reichel Arch. f. Ziv.Praxis Bd. 126 S. 325, Staub Koenige Anm. 8 zu § 361 und Frankenstein II S. 282.

Zahlung, sondern rückwirkend gleich einer solchen wirkt, die schon im Zeitpunkt des § 389 BGB. erfolgt wäre,[15]), so kann nur der Wert beider Valuten im Zeitpunkt dieses Zahlungstages zu Grunde gelegt werden, also das, was in diesem Zeitpunkt beide Parteien an Wert gehabt hätten, wenn beiderseits erfüllt worden wäre. Die Auffassung Reichels, daß dem nach § 244 BGB. in Heimgeld entrichteten Wert eines fremden Währungsbetrages der höhere Kurs zwischen Fälligkeits- und Zahlungszeitpunkt zu Grunde zu legen ist, ist aber abzulehnen. Sie hat keine Stütze im Gesetz[16]).

Es dürfte keinem Zweifel unterstehen, daß für die Deckungsermittlung von Geldforderungen verschiedener Währung der Kurs der erstmaligen Aufrechenbarkeit zu Grunde zu legen ist[17]). Zweck der Rückwirkung ist es, dem Aufrechnungsgegner zeitlich die Vermögensgleichstellung nur nach dem Entstehungszeitpunkt des Aufrechnungsrechts zu gewähren. So, wie sich damals die Forderungen wertmäßig gegenüber gestanden haben, sollen sie gegenseitig getilgt werden und von diesem Zeitpunkt an auch als erloschen gelten. Der Schwebezustand, der mit der Aufrechenbarkeit eintritt, hält die Forderungen für die Aufrechnung an ihrem in diesem Zeitpunkt gegebenen Wertverhältnis fest. Wenn die Forderungen so angesehen werden sollen, als hätten sie sich bereits in der Vergangenheit aufgehoben, so können sie sich unmöglich anders als nach dem damaligen Wertverhältnis ausgleichen.

Das gilt im übrigen nicht nur für die Aufrechnung von Geldforderungen verschiedener Währung, sondern auch für die Aufrechnung von nominalistischen und valoristischen Geldforderungen derselben Währung (z. B. auf Reichsmark und Goldmark)[18]). Die Höhe der valoristischen Geldforderung richtet sich nach ihrem Umfang zur Zeit der Aufrechenbarkeit, also nach dem damaligen Wertverhältnis der geschuldeten Währung zum vereinbarten Vergleichsobjekt, dem Golde oder einer fremden Valuta.

Wenn Außbaum gegen die Zugrundelegung des Zeitpunkts der Aufrechenbarkeit für den Kurs einwendet, daß hiedurch dem Fremdwährungsschuldner die Möglichkeit einer Valutaspekulation eingeräumt werde[19]), so ist darauf hinzuweisen, daß diese Möglichkeit

[15]) Reichel Arch. f. Ziv.Praxis Bd. 126 S. 325.
[16]) Vgl. oben S. 62
[17]) Ebenso Staub Koenige Anm. 8 zu § 361, Frankenstein II S. 282, Böckli SJZ. 23. Jahrg. S. 229.
[18]) Vgl. oben S. 39 f.
[19]) a. a. O. S. 226.

nicht die Annahme des Kurses der Aufrechenbarkeit, der sich für das BGB. aus denselben zwingenden Gründen wie für das österr. Recht ergibt, sondern die Auffassung zur Ursache hat, daß lediglich ein Teil, der ersetzungsberechtigte Fremdwährungsschuldner, aufrechnen könne. Denn können, wie es nach der hier vertretenen Ansicht zulässig erscheint, beide Teile aufrechnen, so kann immer der eine bei einer für ihn nachteiligen Kursentwicklung die Valutaspekulation des andern dadurch durchkreuzen, daß er selbst die Aufrechnung erklärt.

Im übrigen ist es auch in andern Fällen der Aufrechnung von Forderungen mit nicht gleichwertigen Leistungseinheiten anerkannt, daß das Wertverhältnis nach dem Zeitpunkt der Entstehung des Aufrechnungsrechts zu beurteilen ist. Nach § 54 KO. kann, wer etwas anderes als Geld vom Gemeinschuldner zu verlangen hat, dennoch mit einer Geldschuld an die Masse aufrechnen. Seine eigene Forderung, die sich nicht etwa ipso iure mit der Konkurseröffnung in eine Geldforderung verwandelt hat [20]), wird dann zur Deckungsermittlung in Geld nach § 69 KO. abgeschätzt. Auch hier ist der Wert zur Zeit der Konkurseröffnung, also der der Aufrechenbarkeit zu Grunde zu legen [21]).

IV. Wenn nun so die beiden Forderungen nach dem Kursverhältnis im Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit zur Deckung zu bringen sind, so bekommt die Feststellung des Zeitpunkts, wann das Aufrechnungsrecht entstanden ist, besondere Bedeutung. In der Regel dürfte wohl die Aufrechnungslage für beide Teile gleichzeitig mit der Entstehung der jüngsten Forderung gegeben sein, soweit beide Forderungen zu diesem Zeitpunkt einredefrei und fällig waren. Ist aber das Aufrechnungsrecht auf beiden Seiten zu verschiedenen Zeitpunkten entstanden, so ist derjenige entscheidend, in dem für den Aufrechnenden die Aufrechnungsmöglichkeit erstmals gegeben war [22]). Ist also nur die Forderung des Aufrechnenden fällig, nicht aber seine Schuld — die Aufrechnung ist hier gemäß § 387 in Verbindung mit § 271 Abs. 2 zulässig [23]) —, so ist der Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit mit der Fälligkeit seiner Forderung, wenn diese nach Entstehung seiner Schuld eingetreten ist, mit der Entstehung

---

[20]) Vgl. oben S. 75 Anm. 29.

[21]) Jäger Anm. 8 zu § 69 KO.

[22]) Weigelin S. 164, Cosack S. 472, Bernhöft in Birkmeyers Enzyklopädie S. 450.

[23]) Vgl. oben S. 75.

seiner Schuld aber, wenn seine Forderung vor diesem Zeitpunkt schon fällig war, gegeben. Sind beide Forderungen fällig, aber zu verschiedenen Zeitpunkten fällig geworden, so richtet sich der Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit auch hier nach der Fälligkeit der Eigenforderung bzw. der Entstehung der Schuld des Aufrechnenden, je nachdem die Eigenforderung des Aufrechnenden nach oder vor Entstehung seiner Schuld fällig geworden ist. Ist die Eigenforderung, mit der aufgerechnet wird, einredebehaftet gewesen, so entscheidet der Zeitpunkt des Wegfalls der Einrede, wenn dieser Zeitpunkt nach der Entstehung der Schuld des Aufrechnenden eingetreten ist, andernfalls wiederum der Zeitpunkt der Entstehung der Schuld des Aufrechnenden, denn es kann nicht vorher aufgerechnet werden, als der Aufrechnende Schuldner seines Schuldners geworden ist, und seine Eigenforderung einredefrei ist. Ist die Gegenforderung, gegen die aufgerechnet wird, mit einer Einrede behaftet, so beeinflußt dies die zeitliche Entstehung des Aufrechnungsrechts für den Schuldner nicht. Der Teil, dem die Aufrechnung zusteht, kann dennoch aufrechnen [24]). Der Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit ist auch hier der spätere der beiden Zeitpunkte der Entstehung der Schuld und der Fälligkeit der Eigenforderung.

V. Ist der Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit bestimmt, so fragt es sich weiter, durch welche Kursart denn das Wertverhältnis bestimmt wird: soll der Devisenkurs oder der Kurs für Geldsorten, der Valutenkurs entscheiden? Der Devisenkurs ist der Kurs für kurzfristige Zahlungsanweisungen in der ausländischen Währung auf das Ausland. Er bezieht sich also auf Zahlungen in fremder Währung, die im Ausland vorzunehmen sind [25]). Der Kurs für die Sorten bezieht sich dagegen auf unmittelbar im Inland zu leistendes Geld fremder Währung [26]). Es könnte deshalb nahe liegen, nicht den Devisenkurs, sondern den Sortenkurs zu Grunde zu legen. Dennoch wird man sich mit Außbaum für den Devisenkurs entscheiden müssen, da in ihm alle die Momente, die das Wertverhältnis der beiden Währungen beeinflussen, am ehesten zum Ausdruck kommen. Zwar ist auch der Sortenkurs vom Devisenkurs abhängig, er wird aber auch durch zufällige, außerhalb des Wertverhältnisses der beiden Währungen liegende Umstände beeinflußt, so z. B. durch die wechselnden Anforderungen und Gewohnheiten des Reisever-

---

[24]) Vgl. oben S. 75.

[25]) Vgl. Außbaum S. 61.

[26]) Außbaum daselbst.

kehrs und in Zeiten der Geldzerrüttung durch das Streben der Thesaurierung des besseren fremden Geldes [27]).

An den deutschen Börsen wird der Kurs in zwei Zahlen ausgedrückt: die höhere stellt den Briefkurs dar, der sich auf das billigste börsenmäßige Angebot bezieht, für das sich noch keine Nehmer fanden; die niedere stellt den Geldkurs dar, der sich auf den höchsten Preis bezieht, bei welchem noch eine Nachfrage unbefriedigt geblieben ist. Maßgebend im Rechtsverkehr ist regelmäßig der Mittelkurs [28]), sodaß dieser auch der Umrechnung bei der Aufrechnung zu Grunde zu legen ist.

Die deutschen Notierungen stellen sich als die in der deutschen Währung ausgedrückten Preise für bestimmte runde Einheiten der fremden Währung (100 Franken, 1 Pfund) dar. Für die Deckungsermittlung wird es nun am zweckmäßigsten sein, zunächst abzuschätzen, welche Forderung wertmäßig völlig in der andern enthalten ist. Ist dies die Fremdwährungsforderung, so wird man ihren Betrag in heimische Währung umrechnen nach dem mittleren Devisenkurs zur Zeit der Aufrechenbarkeit, um so sofort die dem Heimwährungsgläubiger noch bleibende Restforderung feststellen zu können. Wird aber die Fremdwährungsforderung nicht ganz durch die Heimwährungsforderung gedeckt, so erscheint es zweckmäßiger, den Betrag der Heimwährungsschuld in die fremde Währung umzurechnen, um nach Abzug unmittelbar den dem Fremdwährungsgläubiger bleibenden Betrag der fremden Währung zu erhalten [29]).

Ein besonderes Problem entsteht noch dann, wenn der Aufrechnende erklärt, daß er zu einem bestimmten Kurse aufrechne. Soweit dies der Kurs der Aufrechenbarkeit ist, braucht der Gegner dieser Erklärung, die dann nur die gesetzliche Regelung zum Ausdruck bringt, keine weitere Bedeutung zumessen. Ist er aber von diesem Kurse verschieden, so dürfte in der Erklärung das Angebot zum Abschluß eines Vertrages gesehen werden, nach dem ein Aufrechnungsrecht für den anbietenden Teil mit der vom Gesetz abweichenden Wirkung begründet werden soll. Reichel [30]) hält hier die Aufrechnung für gültig, wenn das Ergebnis für den Gegner günstiger sei. Soweit der Gegner nicht widerspricht, dürfte dieser Ansicht zuzustimmen sein, da bei einer für den Aufrechnungsgegner günstigen Sachlage in seinem Stillschweigen ein Einverständnis zur vertrag-

[27]) Außbaum S. 61.
[28]) Außbaum daselbst.
[29]) So auch Reichel Arch. f. Ziv.Praxis Bd. 126 S. 324.
[30]) Arch. f. Ziv.Praxis Bd. 126 S. 328.

lichen Begründung des Aufrechnungsrechts mit der vorgesehenen Wirkung gesehen werden kann. Anders ist es, wenn der vom Aufrechnenden vorgeschlagene Kurs im Verhältnis zu dem im Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit ungünstiger für den Gegner ist. Hier dürfte die vertragliche Entstehung eines derartigen Aufrechnungsrechts erst angenommen werden können, wenn der Gegner ausdrücklich zustimmt. Soweit dies nicht erfolgt, hat die Aufrechnungserklärung keine, auch nicht die vom Gesetz vorgesehene Wirkung.

Lebenslauf.

Am 18. August 1905 in Stuttgart als Sohn des 1918 verstorbenen Kaufmanns Otto Ulmer und seiner Ehefrau Elise, geb. Kauffmann geboren, trat ich im Jahre 1913 nach dreijähriger Elementarschulzeit in die Wilhelmsoberrealschule in Stuttgart ein, an der ich im Frühjahr 1923 die Reifeprüfung ablegte. In den folgenden beiden Jahren erhielt ich eine abgeschlossene Ausbildung im Bankfach. Hierauf wandte ich mich dem Studium der Rechtswissenschaften zu und studierte vom Wintersemester 1925/26 bis zum Wintersemester 1928/29 an den Universitäten München und Tübingen. Im Frühjahr 1929 bestand ich die erste höhere Justizdienstprüfung an der Universität Tübingen. Seit Juni 1929 befinde ich mich im württ. Vorbereitungsdienst.